

Die Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter und ihre Gründungsvoraussetzungen

Dissertation

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Willy N. Frick
von Zürich

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiß

1954

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau

Diese Arbeit erscheint zugleich im Handel als
Heft 198 der Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft,
Neue Folge

Die Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter und ihre Gründungsvoraussetzungen

Dissertation

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Willy N. Frick

von Zürich

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät
gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender
Dissertation, ohne damit zu den darin ausge-
sprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Juli 1954

Der Dekan:

Prof. Dr. H. Nef



*Meinen Eltern in Dankbarkeit
gewidmet*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507224_0085

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	6
Literaturverzeichnis	9
Abkürzungen	13
Vorwort	15
Einleitung	16

I. Teil: *Die AG mit besonderem Charakter*

§ 1 Begriff	21
§ 2 Zweck und Arten	23
§ 3 Geschichtlicher Rückblick	31

II. Teil: *Die Gründungsvoraussetzungen der AG mit besonderem Charakter*

1. Abschnitt: <i>Der Verlauf der Gründung einer AG mit besonderem Charakter</i>	48
2. Abschnitt: <i>Die Voraussetzungen der formellen Konstituierung</i>	50
§ 4 Die Konzessionserlangung	50
§ 5 Das Aktienkapital	64
§ 6 Die Statuten	80
§ 7 Die Bestellung der Organe	99
3. Abschnitt: <i>Die Voraussetzungen der Eintragung</i>	119
§ 8 Die öffentlich-rechtliche Genehmigung der Statuten	119
§ 9 Die Erteilung von Konzession und Bewilligung	123
4. Abschnitt: <i>Die Eintragung im Handelsregister und ihre Wirkungen</i>	135
5. Abschnitt: <i>Die Voraussetzungen der Geschäftsaufnahme</i>	141

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	9
Abkürzungen	13
Vorwort	15
Einleitung	16
I. <i>Gemischtwirtschaftliche- und öffentliche Unternehmungen in der Form der Aktiengesellschaft</i>	16
II. <i>Die Stellung des Aktienrechts zum öffentlichen Recht des Bundes</i>	17
III. <i>Die Stellung des Aktienrechts zum öffentlichen Recht der Kantone</i>	18
IV. <i>Thesen</i>	19
I. Teil: <i>Die AG mit besonderem Charakter</i>	
§ 1 <i>Begriff</i>	21
§ 2 <i>Zweck und Arten</i>	23
I. <i>Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck</i>	23
II. <i>Zweckverfolgung und Aktienkapital</i>	24
A. <i>Das Grundkapital als direktes Mittel der Zweckverfolgung</i>	25
B. <i>Das Grundkapital als indirektes Mittel der Zweckverfolgung</i>	26
III. <i>Zweck und Gewerbefreiheit</i>	26
A. <i>Zwecke, die dem Bund vorbehalten sind</i>	27
B. <i>Zwecke, die den Kantonen vorbehalten sind</i>	27
C. <i>Zwecke, die unter dem Hoheitsrecht von Bund oder Kanton stehen</i>	28
D. <i>Zweck und Aktiengesellschaft</i>	28
IV. <i>Zweck und Öffentlichkeit</i>	29
V. <i>Arten</i>	30
A. <i>Konzessionspflichtige Unternehmen</i>	30
B. <i>Bewilligungspflichtige Unternehmen</i>	31
§ 3 <i>Geschichtlicher Rückblick</i>	31
I. <i>Die Kollision zwischen Staats- und Privatinteressen im frühesten Entwicklungsstadium der AG.</i>	31
II. <i>Die Entwicklung in der Schweiz vor dem OR von 1881</i>	34
III. <i>Die Rechtsnatur der historischen Gründungskonzession</i>	37
IV. <i>Das Aufkommen der Spezialgesetzgebung und ihr Verhältnis zum Bundes-Aktienrecht</i>	38
A. <i>Banken und Sparkassen</i>	38
B. <i>Versicherungswesen</i>	40
C. <i>Kreditkassen mit Wartezeit</i>	40
D. <i>Pfandbrief-Zentralen</i>	41
E. <i>Elektrizitätswerk-Unternehmen</i>	43
F. <i>Eisenbahnwesen</i>	44
G. <i>Luftverkehrswesen</i>	46
H. <i>Unternehmen der Hochseeschifffahrt</i>	47
II. Teil: <i>Die Gründungsvoraussetzungen der AG mit besonderem Charakter</i>	48
1. Abschnitt: <i>Der Verlauf der Gründung einer AG mit besonderem Charakter</i>	48

2. Abschnitt: Die Voraussetzungen der formellen Konstituierung	50
§ 4 Die Konzessionserlangung	50
I. Konzession und Bewilligung	51
II. Die Rechtsnatur der Konzession	54
III. Die Konzessionserlangung vor der Konstituierung	57
A. Gründe im Wesen der Konzession	57
B. Gesetzestechnische Gründe	57
C. Gründe in den Beziehungen von Staat zu Privatunternehmen	59
IV. Konzessionserlangung und entstehende AG	62
§ 5 Das Aktienkapital	64
I. Die Höhe des Grundkapitals	64
A. Nach wirtschaftlichen Erfordernissen	64
B. Nach gesetzlichen Erfordernissen	70
II. Die Deckung des Aktienkapitals	75
III. Die Erhaltung des Aktienkapitals	79
§ 6 Die Statuten	80
I. Die Statuten der «AG m. bes. Char.» im allgemeinen	80
A. Ihr Wesen	80
B. Ihr Verhältnis zum öffentlichen Recht	81
C. Notwendige und fakultative Statutenbestimmungen	84
II. Die einzelnen, nach Aktienrecht absolut notwendigen Statutenbestimmungen	85
A. Firma	85
B. Sitz	86
C. Dauer	87
D. Zweck und Gegenstand	87
E. Namen und Inhaberaktien	90
F. Organisatorische Bestimmungen	92
III. Aus öffentlichem Recht absolut notwendige Statutenbestimmungen	93
A. Erhöhung der Mindesteinzahlung	93
B. Bestimmungen über Konventionalstrafen	94
C. Verbot oder Beschränkung der Übertragung von Namenaktien	94
D. Reserven	96
IV. Statutenbestimmungen, die aus besonderen wirtschaftlichen Bedürfnissen der «AG m. bes. Char.» notwendig werden	98
§ 7 Die Bestellung der Organe	99
I. Die Generalversammlung	99
A. Wesen und Bedeutung	99
B. Einberufung	101
C. Stimmrecht	103
II. Die Verwaltung	105
A. Wesen und Bedeutung	105
B. Organisation	106
III. Die Geschäftsführung	111
IV. Die Kontrollstelle	114
A. Interne Kontrollstelle	116
B. Externe Kontrollstelle	118

3. Abschnitt: <i>Die besonderen Voraussetzungen der Eintragung</i>	119
§ 8 <i>Die öffentlich-rechtliche Genehmigung der Statuten</i>	119
I. <i>Wesen und Bedeutung</i>	119
II. <i>Rechtliche Natur</i>	121
III. <i>Wirkung der Genehmigung</i>	121
IV. <i>Die Genehmigung im Gründungsverlauf</i>	122
§ 9 <i>Die Erteilung von Konzession und Bewilligung</i>	123
I. <i>Konzessions- und Bewilligungserteilung als Gründungsvoraussetzung</i>	123
II. <i>Die Erteilung der Konzession</i>	126
A. <i>Verleiher und Beliehener</i>	126
B. <i>Inhalt der Konzession</i>	128
C. <i>Wirkung der Konzessionserteilung</i>	131
III. <i>Die Erteilung der Bewilligung</i>	132
A. <i>Bewilligungsbehörde und bewilligtes Unternehmen</i>	132
B. <i>Voraussetzungen der Erteilung</i>	132
C. <i>Wirkung der Bewilligungserteilung</i>	134
4. Abschnitt: <i>Die Eintragung ins Handelsregister und ihre Wirkungen</i>	135
5. Abschnitt: <i>Die Voraussetzungen der Geschäftsaufnahme</i>	141

Literaturverzeichnis

- Bangerter W.*: Das Aktienrecht in seiner Anwendung auf die schweizer. Eisenbahnen. Berner Diss. 1910.
- Bartomé F.*: Die Statuten der A.-G. Berner Diss. 1944.
- Beck E.*: Schweizer. ZGB, Schlußtitel. In Berner Kommentar Band V 2, Bern 1932.
- Benz W.*: Konzessions- und Normativsystem bei der A.-G. in der Schweiz. Berner Diss. 1929.
- Boßard E.*: Die Reserven der A.-G. im neuen Obligationenrecht. Berner Diss. 1940.
- Brühlmann W.*: BG über die Ausgabe von Pfandbriefen, Zürich 1931.
- Kommentar zum BG über die Banken und Sparkassen, Weinfelden 1935.
- Burckhardt W.*: Kommentar der schweizer. BV, 3. Auflage, Bern 1931.
- Bürgi W.*: Aktienrecht, in Zürcher Kommentar Band V 5 b Zürich, ab 1947.
- Cohn G.*: Die Aktiengesellschaft, Band I, Zürich 1921.
- Egger A.*: Kommentar zum schweiz. ZGB, Personenrecht, in Zürcher Kommentar.
- Ehrenberg V.*: Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig 1913–29.
- Englich E.*: Über die finanziellen Garantien des Aktienkapitals und der Reserven bei den A.-G. auf dem Gebiete der Sachversicherung, Berner Diss. 1914/15.
- Felber R.*: Die Direktion der A.-G., Zürcher Diss. 1949.
- Fischer R.*: Das Aktienrecht, in Ehrenberg, Band III.
- Feiner F.*: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes. 3. Auflage, Heidelberg 1913.
- Funk F.*: Handkommentar des Obligationenrechtes, Aarau 1951.
- Geiser K./Abbühl J.*: Einführung und Kommentar zum BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte, Zürich 1920.
- Giacometti Z.*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.
- Gierke O.*: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895—1917.
- Grafenried R.*: Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck im privaten Körperschaftsrecht. Berner Diss. 1948.
- Graner P.*: Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz, Zürich 1937.
- Guhl T.*: Das schweizer. Obligationenrecht, 4. Auflage, Zürich 1948.
- Hartmann R.*: Der Organbegriff bei der A.-G., Berner Diss. 1945.
- Haymann E.*: La surveillance des sociétés d'assurances en Suisse, Genfer Diss. 1932.
- Herold H.*: Zwingendes Aktienrecht, Zürcher Diss. 1931.
- Heß F.*: Die staatliche Genehmigung der Statuten der Eisenbahngesellschaften in der Schweiz, Zürcher Diss. 1920.
- Das Bergrecht des Kantons Zürich, Zürich 1926.
- His E.*: Handelsregister, in Berner OR-Kommentar Band VII/4, Bern 1940.
- Jüngling A.*: Gemischtwirtschaftliche Unternehmung, St. Galler Diss. 1948.
- Klein F.*: Organisationswesen der Gegenwart, Berlin 1913.
- Kobelt H.*: Die Entwicklung der Handelsgesellschaft und ihres Rechtes in der Schweiz, insbesondere in St. Gallen, bis Ende des 18. Jahrhunderts. Berner Diss. 1915.
- Kohli P.*: Die schweiz. Bausparkassen und die Eigenheimbewegung, Berner Diss. 1937.

- Landmann J.*: Entwurf eines BG betr. Betrieb und Beaufsichtigung von Bankunternehmungen. Bern 1916 (nicht veröffentlicht).
- Lehmann K.*: Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts, Berlin 1895.
— Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Auflage, Leipzig 1912.
- Mathys E.*: Beiträge zur schweizer. Eisenbahngeschichte, Bern 1944.
- May P. von*: Die Gründung der A.-G. in ihrer geschichtlichen Entwicklung, insbesondere in den Kantonen Zürich und Bern, Berner Diss. 1945.
- Mayer O.*: Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, München/Leipzig 1924.
- Muheim A.*: Die Publizitätspflichten der A.-G. und Banken im allgemeinen, Berner Diss. 1940.
- Munzinger W.*: Motive zum Entwurf eines schweizer. Handelsrechts, Bern 1865.
- Oetiker J.*: Die Eisenbahngesetzgebung des Bundes, Solothurn 1913—18.
- Oftinger K.*: Schweizerisches Haftpflichtrecht II, Zürich 1942.
- Ronner M.*: Aufsicht und Prüfung im Recht der A.-G., Zürcher Diss. 1936.
- Schiller H. R.*: Die Sparkassengesetzgebung in der Schweiz, Zürcher Diss. 1933.
- Schmid W.*: Das feste Grundkapital der A.-G., Zürcher Diss. 1948.
- Schucany E.*: Kommentar zum schweizer. Aktienrecht, Zürich 1940.
- Siegwart A.*: Aktienrecht, in Zürcher OR-Kommentar Band V 5, Zürich 1945.
- Silbernagel A.*: Die Gründung der Aktiengesellschaft, Berlin 1907.
- Sillig J.*: Contribution à l'étude du régime juridique des concessions en droit Suisse, Lausanner Diss. 1936.
- Staeblin K.*: Die Eisenbahnkonzession nach schweizer. Recht, Zürcher Diss. 1938.
- Stamm G.*: Die Kreditkassen mit Wartezeit und der Kreditvertrag, Freiburger Diss. 1936.
- Stampfli W.*: Die schweizer. Staatsaufsicht über das private Versicherungswesen, Berner Diss. 1907.
- Stammboch E.*: Die AG in der Schweiz bis zum Erlasse des OR, Maschinenschrift, Basler Diss. 1935.
- Steiger F. von*: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 2. Auflage, Bern 1952.
— Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister, Zürich 1937.
- Urech W.*: Die staatliche Beaufsichtigung der Banken in der Schweiz, Berner Diss. 1944.
- Utz E.*: Organisation und Tätigkeit der schweizerischen Pfandbriefzentralen, Berner Diss. 1938.
- Weiß G.*: Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheide zum ZGB und OR Zürich, ab 1925.
- Wettstein B.*: Rückkauf und Heimfall im schweizerischen Wasserrecht, Zürcher Diss. 1926.
- Wieland K.*: Handelsrecht, München 1921—1931.

Zeitschriften und Zeitungen

- Amtliche Sammlung der Bundesgesetze.
Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze.
Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
Bulletin des schweizer. elektrotechn. Vereins.

Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichtes.
 Die schweizerische Aktiengesellschaft.
 Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes.
 Neue Zürcher Zeitung.
 Schweizerische Handels-Zeitung.
 Schweizerische Juristen-Zeitung.
 Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift.
 Zeitschrift für schweizerisches Recht.
 Zeitschrift des Berner Juristen-Vereins.

Bundeserlasse

Eisenbahngesellschaften: BG über Bau und Betrieb von Eisenbahnen vom 23. Dezember 1872 (Eisenbahngesetz), Ber. S. 7, S. 3 ff.

- VO zum BG über Bau und Betrieb von Eisenbahnen vom 1. Februar 1875 (Eisenbahnverordnung), Ber. S. 7, S. 16 ff.
- BG über Bau und Betrieb der schweizer. Nebenbahnen vom 21. Dezember 1899 (Nebenbahngesetz), Ber. S. 7, S. 117 ff.
- VO zum BG über Bau und Betrieb der schweizer. Nebenbahnen vom 19. März 1929 (Nebenbahnverordnung), Ber. S. 7, S. 121 ff.
- BG über das Rechnungswesen der Eisenbahnen vom 27. März 1896 (Rechnungsgesetz), Ber. S. 7, S. 220 ff.
- VO zum BG über das Rechnungswesen der Eisenbahnen vom 13. Juni 1947 (Rechnungsverordnung), Ber. S. 7, S. 228 ff.
- BG über das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahnen und die Beteiligung des Staates bei deren Verwaltung vom 28. Juni 1895 (Stimmrechtsgesetz), Ber. S. 7, S. 217 ff.

Luftverkehrsgesellschaften: BRB betreffend die Ordnung des Luftverkehrs in der Schweiz vom 27. Januar 1920, Ber. S. 7, S. 737 ff.

- BG über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz), AS 1950 I S. 471 ff.
- VVO zum BG über die Luftfahrt, vom 5. Juni 1950 (Luftfahrt-Vollziehungsverordnung), AS 1950 I S. 496 ff.

Hochseeschiffahrtsgesellschaften: BRB über die Schifffahrt unter der Schweizerflagge vom 9. April 1941, Ber. S. 7, S. 502 ff.

- BG über die Schifffahrt unter der Schweizerflagge vom 23. September 1953 (Seeschiffahrtsgesetz) BBl 1953 III S. 169 ff.

Elektrizitätswerksgesellschaften: BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (Wasserrechtsgesetz), Ber. S. 4, S. 729 ff.

Pfandbriefanstalten: BG über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 25. Juni 1930 (Pfandbriefgesetz), Ber. S. 2, S. 747 ff.

- VO zum BG über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 23. Januar 1931 (Pfandbriefverordnung), Ber. S. 2, S. 757 ff.

Bankgesellschaften: BG über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz), Ber. S. 10, S. 337 ff.

- VVO zum BG über die Banken und Sparkassen vom 26. Februar 1935 (Bankenvollziehungs-VO), Ber. S. 10, S. 357 ff.

Kreditkassen-Gesellschaften: VO über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 5. Februar 1935 (Kreditkassen-VO). Ber. S. 10, S. 412 ff.

Versicherungsgesellschaften: BG betreffend die Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885 (Versicherungs-Aufsichtsgesetz). Ber. S. 10, S. 289 ff.

- VO über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmungen vom 11. September 1931. Ber. S. 10, S. 311 ff.
- BG über die Kationen der Versicherungsgesellschaften vom 4. Februar 1919 (Kautionsges.). Ber. S. 10, S. 296 ff.
- BG über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen inländischer Lebensversicherungsgesellschaften vom 25. Juni 1930 (Sicherstellungsgesetz). Ber. S. 10, S. 303 ff.
- BRB über die Abonnementsversicherung vom 17. Dezember 1931. Ber. S. 10, S. 327 f.
- BRB über die Rechtsschutzversicherung vom 1. Juni 1945. Ber. S. 10, S. 329.

Die aus den vorgehend aufgeführten Zeitschriften und Sammlungen entnommenen Zitate sind im Text und in den Anmerkungen mit Quellenangaben erwähnt und im Literaturverzeichnis nicht enthalten.

Weitere Materialien im Text!

Abkürzungen

<i>AS</i>	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze.
<i>AVO</i>	Aufsichts-Verordnung.
<i>BB</i>	Bundes-Beschluß.
<i>Ber. S.</i>	Bereinigte Sammlung der Bundesgesetze.
<i>BG</i>	Bundesgesetz.
<i>BGE</i>	Entscheidungen des schweizer. Bundesgerichtes.
<i>BkG</i>	Bankengesetz.
<i>BRB</i>	Bundesrats-Beschluß.
<i>BLZR</i>	Blätter für zürcher. Rechtssprechung.
<i>BV</i>	Bundesverfassung.
<i>EBG</i>	Eisenbahngesetz.
<i>HRegVO</i>	Handelsregister-Verordnung.
<i>NZZ</i>	Neue Zürcher Zeitung.
<i>Praxis</i>	Die Praxis des schweizer. Bundesgerichtes.
<i>SAG</i>	Die schweizer. Aktiengesellschaft.
<i>SEV</i>	Bulletin des schweiz. elektrotechn. Vereins.
<i>SHZ</i>	Schweizerische Handels-Zeitung.
<i>SIJZ</i>	Schweizerische Juristen-Zeitung.
<i>StenBull.</i>	Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung.
<i>SVZ</i>	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift.
<i>VAG</i>	Versicherungs-Aufsichtsgesetz.
<i>VO</i>	Verordnung.
<i>VVO</i>	Vollziehungs-Verordnung.
<i>WRG</i>	Wasserrechtsgesetz.
<i>ZSR</i>	Zeitschrift für schweizer. Recht.
<i>ZBJV</i>	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins.

Vorwort

Unter «Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter» fassen wir eine Sondergruppe von Aktienunternehmen zusammen, welche – bedingt durch die von ihnen ausgeübte Tätigkeit – nicht mehr allein den aktienrechtlichen Vorschriften unseres Privatrechtes –, sondern auch öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bundes- oder Kantonsgesetzgebers unterstehen.

Die Gründung auch einer «AG m. bes. Char.» erfolgt primär in Anwendung der Vorschriften unseres Obligationenrechtes. Einzelne seiner aktienrechtlichen Bestimmungen werden aber direkt oder indirekt durch Normen der Spezialgesetzgebung durchbrochen. Es gilt in erster Linie, das *Ausmaß* dieser Derogationswirkung des öffentlichen Rechts darzustellen.

Die öffentlich-rechtlichen Spezialgesetze wenden sich im allgemeinen an die Unternehmung, ohne deren *Rechtsform* speziell zu berücksichtigen. Das öffentliche Recht durchwirkt denn das Aktienrecht *systemlos*; jede Spezialform beeinflußt aktienrechtliche Grundsätze auf eine ihr eigene Art, – oft ohne dem Wesen des Aktienrechts überhaupt Rechnung zu tragen! Diese vielfältigen Spezialnormen, welche anläßlich der Gründung einer «AG m. bes. Char.» zu beachten sind, vergleichend aufzuzeigen, möchte weitere Aufgabe unserer Abhandlung sein.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. jur. G. Weiß, spreche ich für die Anregung zu diesen Untersuchungen und für das mir während der Bearbeitung bezeugte Wohlwollen meinen besten Dank aus.

Einleitung

I. Gemischtwirtschaftliche und öffentliche Unternehmungen in der Form der Aktiengesellschaft

Es besteht heute allgemein die Tendenz, bei Beurteilung des rechtlichen Charakters von gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen mit privatrechtlicher Organisation *wirtschaftsrechtlichen* Erwägungen den Vorrang zu geben¹. Nicht die Rechtsform, sondern die *Wirtschaftsform* dieser Unternehmungen soll für ihre Stellung als Rechtssubjekt maßgebend sein. Man unterstellt gemischtwirtschaftliche und öffentliche Unternehmungen einem sogenannten *Unternehmensrecht*² und schreibt ihnen aus diesem heraus vornehmlich öffentlich-rechtlichen Charakter zu.

Die «AG m. bes. Char.» erscheint nach ihrer Wirtschaftsform vielfach als gemischtwirtschaftliche oder öffentliche Unternehmung, – ihr besonders gearteter Zweck bringt das mit sich. Eine begriffliche Umschreibung der «AG m. bes. Char.»³ wäre undenkbar, wollten wir sie – in Anlehnung an die neuen Lehren⁴ – ebenfalls vom Standpunkt ihrer Wirtschaftsform aus vornehmen.

Unsere Betrachtungen über die Beeinflussung des Privatrechts durch das öffentliche Recht bei der Gründung gewisser Aktienunternehmungen sind solche des *Aktienrechts*. Maßgebend ist für uns die Rechtsform der besonders gearteten AG. Sie entsteht als privatrechtliche Gründung. Primär sind die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechtes anwendbar; Vorschriften der Spezialgesetzgebung müssen nur im Hinblick auf die, von der Gesellschaft auszuübende Tätigkeit berücksichtigt werden. Ob sich die privatrechtlich gegründete «AG m. bes. Char.» schließlich als gemischtwirtschaftliche⁵ oder gar als öffent-

¹ Diese Tendenz kommt vor allem in den Referaten zum Juristentag 1953 zum Ausdruck, vergl. ZSR 72 Heft 3.

² Vergl. darüber L. Schürmann in ZSR 72, S. 72 a ff.

³ Im Folgenden etwa auch «besonders geartete AG» genannt.

⁴ Welche u. E. die dogmatisch und historisch überlieferte Grenzziehung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht überhaupt in Frage stellen!

⁵ Das Gemeinwesen beteiligt sich als *Aktionär* an der Gesellschaft; es kommt ihm als solcher die gleiche Stellung zu wie den mitbeteiligten Privatrechtssubjekten.

⁶ Es beteiligen sich kapital- und verwaltungsmäßig ausschließlich Körperschaften des öffentlichen Rechts an der Aktienunternehmung.

liche Unternehmung⁵ darstellt, – d. h. in *welche* Wirtschaftsform sich die besonders geartete AG kleidet, ist für unsere Darstellung von nebensächlicher Bedeutung.

II. Die Stellung des Aktienrechts zum öffentlichen Recht des Bundes

Unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses hat der Bundesgesetzgeber zu entscheiden, ob die Regelung einer bestimmten Materie durch zwingendes, d. h. *öffentliches* Recht erfolgen soll, oder ob er eine gesetzliche Ordnung mittels nachgiebigen, nichtzwingenden Rechts-sätzen –, d. h. durch *Privatrecht* schaffen will.⁷

Privatrecht und öffentliches Recht sind auf Bundesebene zwei Seiten einer Rechtsordnung⁸ und stehen in untrennbarem Zusammenhang. Es kann deshalb keine Rede davon sein, daß das öffentliche Recht als solches dem Privatrecht, oder das Bundesprivatrecht dem öffentlichen Recht des Bundes generell vorgehe. Und doch ist es so, daß der Begriff der «AG m. bes. Char.» gerade auf einer *derogativen* Wirkung des öffentlichen Rechts über das Aktienrecht beruht. Die Derogation besteht dabei darin, daß die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bundes zu den Bestimmungen unseres Aktienrechtes *lex posterior* oder *lex specialis* sind.

Diese Überschattung von Vorschriften unseres Aktienrechts durch solche des öffentlichen Rechts kann nur bestehen, wenn letztere auf dem Wege der Gesetzgebung zustande gekommen sind^{9, 10}. Bestimmungen des öffentlichen Rechts, welche nicht in den auf dem Wege der Gesetzgebung erlassenen Rechtssätzen enthalten sind, können dem Aktienrecht nur in dem durch OR 762 ermöglichten Rahmen derogieren; dabei gilt, daß dieser Artikel die Möglichkeiten der Einflußnahme *abschließend* aufzählt und, nach dem Wesen des Aktienrechts beurteilt, auch keine extensive Auslegung zu ertragen scheint¹¹.

⁷ Burckhardt, S. 586; sog. Verfügungstheorie.

⁸ Burckhardt, S. 587.

⁹ D. h. sie müssen in Bundesgesetzen, allgemein verbindlichen Bundesbeschlüssen, – oder, nach entsprechender gesetzlicher Delegation, in Rechtsverordnungen enthalten sein. Über Zulässigkeit der Gesetzesdelegation vergl. *Giacometti*, S. 801.

¹⁰ Z. B. darf auch ein mit dem Bund eingegangener Konzessionsvertrag nicht Bestimmungen enthalten, welche das Aktienrecht durchbrechen, ohne in den oben, Anm. 9 genannten Erlassen rechtliche Grundlagen zu haben.

¹¹ Über die Frage, inwieweit sich der Bund durch rechtsgeschäftliche Abmachungen weitere Aufsichts- und Kontrollrechte über die AG vorbehalten kann, vergl. hinten S. 15.

III. Die Stellung des Aktienrechts zum öffentlichen Recht der Kantone

Über die grundsätzlichen Fragen des Verhältnisses zwischen dem Bundeszivilrecht und dem öffentlichen Recht der Kantone hatte sich das Bundesgericht in einem Entscheid des Jahres 1932¹² auszusprechen. Die damals vertretenen Thesen sind bisher im großen Ganzen unwidersprochen geblieben; es lassen sich aus ihnen die folgenden Grundsätze über die Stellung des kantonalen öffentlichen Rechts zum Aktienrecht des OR ableiten:

Nach ZGB 6 werden die Kantone in ihren öffentlich-rechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht grundsätzlich nicht beschränkt. Sie können also mittels öffentlich-rechtlicher Erlasse prinzipiell diejenigen Anordnungen treffen, die im Interesse der Öffentlichkeit liegen. Privatrechtliche Beziehungen dürfen immerhin durch kantonales Recht nur insoweit berührt werden, als die Normen des Bundeszivilrechtes nicht selbst bestimmen, ob und inwieweit die öffentlichen Interessen des Gemeinwesens Rechtsschutz verdienen. Wenn der Kanton in Gebieten legiferiert, welche bereits vom Bundeszivilrecht erfaßt werden, so müssen seine Erlasse dem Bundesrecht angepaßt sein und dürfen mit dessen Sinn und Geist nicht im Widerspruch stehen¹³.

Das Obligationenrecht selbst regelt das Gesellschaftsrecht schlechthin *umfassend*. Die kantonale Gesetzgebung darf keine damit im Widerspruch stehende Normen aufstellen¹⁴. Es steht den Kantonen frei, Unternehmungsgründungen kraft öffentlichen Rechtes vorzunehmen, sofern sie für die Verbindlichkeiten des Unternehmens die subsidiäre Haftung übernehmen und an deren Verwaltung mitwirken; in der organisatorischen Ausgestaltung dieser Unternehmungen sind sie dabei unabhängig von den Vorschriften des Gesellschaftsrechtes¹⁵. Will sich der Kanton aber die Möglichkeit ausbedingen, auf die privatrechtliche AG, welche eine unter kantonomer Konzessionshoheit oder Polizeigewalt stehende Tätigkeit ausübt, Einfluß zu nehmen, so darf er das nur im

¹² Praxis 1932, Nr. 58.

¹³ Burckhardt, S. 587.

¹⁴ Das Bundesgericht befaßte sich 1938 erneut mit der Stellung des kantonalen öffentlichen Rechts zum Bundeszivilrecht. Für die Vorzugsstellung des Gesellschaftsrechtes wird damit argumentiert, daß dieses in großem Maße öffentliches Interesse berühre. In diesem Sinne enthalte es öffentliches Recht, welches dem kantonalen öffentlichen Recht vorgehe.

¹⁵ OR 763.

Rahmen von OR 762 –, d. h. indem er durch Gesetz oder im Konzessionsvertrag Vertretungsrechte in Verwaltung und Kontrollstelle statuiert. U. E. ermächtigt OR 762 das Gemeinwesen immerhin nicht, sich ein, in keinem Verhältnis zu den zu wahren Interessen stehendes Übergewicht in den Gesellschaftsorganen zu verschaffen¹⁶. Denn solche Bestimmungen würden dem Wesen der AG entgegenstehen, dem Sinn und Geist des Aktienrechts widersprechen, und könnten – weil bundesrechtswidrig – keine Geltung erlangen¹⁷.

IV. Thesen

1. Das Aktienrecht kann durch *bundesrechtliche Vorschriften* durchbrochen werden, soweit diese in der Spezialgesetzgebung enthalten sind. Sofern die Spezialvorschriften eine Materie nicht ausschließlich regeln wollen, sind die Bestimmungen des Aktienrechts anzuwenden¹⁸.

2. Das *öffentliche Recht der Kantone* kann dem Aktienrecht nur in dem durch OR 762 festgesetzten Rahmen derogieren. Dabei dürfen aber kantonale Vorschriften, welche die Vertretung in den Gesellschaftsorganen zum Gegenstand haben, das gesellschaftsrechtliche Wesen der AG nicht übermäßig behindern; d. h. sie müssen den zu wahren öffentlichen Interessen proportional sein.

3. Außerhalb der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung kann das Gemeinwesen, dem die Konzessionshoheit über die von der AG auszuübende Tätigkeit zusteht, eine Einflußnahme in die Gesellschaftsorganisation *nur im Rahmen von OR 762* verlangen.

4. Inwieweit die AG durch *rechtsgeschäftliche Abmachungen* zugunsten des Gemeinwesens auf die Autonomie verzichten kann, ist eine Frage, die offengelassen werden muß¹⁹. Sie darf jedenfalls nicht auf diejenigen Grundsätze gesellschaftsrechtlicher Autonomie verzichten, welche zum Wesen der AG gehören²⁰; sowenig wie die natürliche Per-

¹⁶ Etwa dadurch, daß das Gemeinwesen, welches keine Kapitalbeteiligung besitzt, in Verwaltung und Kontrollstelle eine starke Mehrheit innehat.

¹⁷ Auch der Kanton kann – so gut wie auch Bezirk oder Gemeinde – sich durch rechtsgeschäftliche Abmachungen mit der AG Möglichkeiten der Einflußnahme auf die Geschäftsführung des Unternehmens sichern. Vergl. unten.

¹⁸ Vergl. Oser, Zürcher Kommentar, Personenrecht, Bd. I S. XXXVI N 20.

¹⁹ Das Bundesgericht hat sich dazu noch nicht eindeutig ausgesprochen. Vergl. in bezug auf das Genossenschaftsrecht wegleitende Betrachtungen in BGE 67 I 262 ff.

²⁰ So ist der Ausschluß gewisser Aktionäre von der Generalversammlung –,

son auf ihre Persönlichkeitsrechte verzichten kann. U. E. dürften solche rechtsgeschäftlichen Abmachungen zudem keinen zwingenden Aktienrechtssätzen widersprechen²¹.

Verweigerung des Mindeststimmrechtes usw. unzulässig. Vergl. G. *Weiß* in SJZ 39, S. 515 über die schlechthin unentziehbaren Aktionärrechte.

²¹ Über zwingendes und nichtzwingendes Aktienrecht vergl. die ausführliche Monographie von Herold, a. a. O.

Die AG mit besonderem Charakter

§ 1 Begriff

Unsere vorausgegangenen Betrachtungen verwiesen auf die nur schwer abzuklärende Rechtsstellung der gemischtwirtschaftlichen¹ und öffentlichen Unternehmungen². Sie ließen uns bereits die Schwierigkeiten ermessen, mit welchen beim Versuch, die «AG m. bes. Char.» unter dem Gesichtspunkt des Wirtschafts- und Unternehmungsrechtes begrifflich zu umgrenzen, gerechnet werden müßte. Wir haben damals bereits festgestellt, daß im Rahmen unserer Betrachtungen die *Rechtsform* der besprochenen Unternehmen maßgebend sei. Unsere Untersuchungen über die «AG m. bes. Char.» sollen auf gesellschaftsrechtlicher Ebene erfolgen, die Darstellung der Gründungsvoraussetzungen der besonders gearteten AG soll vornehmlich eine *aktienrechtliche* sein.

Damit können wir die «AG m. bes. Char.» vorerst begrifflich insoweit lokalisieren, als daß es sich hierbei um privatrechtliche AG-Gründungen handelt, die unter Anwendung der handelsrechtlichen Rechtsätze vollzogen wurden. Unternehmungen, welche kraft staatlichen Imperiums entstanden³, sind – auch wenn hierbei Grundsätze des Aktienrechts analoge Anwendung gefunden haben – demnach unter den Begriff der «AG m. bes. Char.» *nicht* zu subsumieren.

Bei der «AG m. bes. Char.» handelt es sich im weiteren um eine privatrechtlich gegründete AG, welche ihre Erwerbstätigkeit auch nach Erfüllung der gesellschaftsrechtlichen Gründungsvoraussetzungen noch nicht aufnehmen kann, solange sie nicht wissen, vom öffentlichen Recht gestellten Anforderungen zu entsprechen vermag.

Mit dieser weiten Definition können wir uns aber nicht begnügen, denn es würden auch alle diejenigen unzähligen Aktienunternehmen unter unseren Begriff fallen und damit in unsere Betrachtung miteingeschlossen werden, welche sich normal nach Aktienrecht konstituieren und durch die Eintragung ins Handelsregister auch Rechtspersönlichkeit

¹ Eine oder mehrere öffentlich-rechtliche Körperschaften beteiligen sich als Aktionäre *neben* privatrechtlichen Rechtssubjekten.

² Das gesamte Aktienkapital liegt in den Händen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften.

³ D. h. die Gründung erfolgte kraft öffentlichen Rechts.

erlangen, deren *Zweckausübung*⁴ aber der Bund, oder nach entsprechender Delegation auch die Kantone von einer Polizeierlaubnis abhängig machen. Das Notrecht in Kriegsjahren und Bundesgesetze⁵ als Folge wirtschaftlicher Krisenzeiten lassen für die verschiedensten Wirtschaftszweige oft Spezialordnungen entstehen, welche das Recht der Neueröffnung oder Erweiterung von Betrieben jener gefährdeten Zweige des Wirtschaftssystems beschränken⁶. So werden sich denn je nach der jeweiligen politischen und wirtschaftlichen Lage immer wieder neue Aktienunternehmungen finden lassen, die sich solchen verwaltungsrechtlichen Normen nachträglich zu unterwerfen haben, und die damit zu unseren außergewöhnlichen privatrechtlichen AG-Gründungen gezählt werden müssen, trotzdem auf den aktienrechtlichen Gründungsvorgang überhaupt kein öffentlich-rechtlicher Einfluß stattfindet. Eine so weitgehende Darstellung würde über das uns vorschwebende Ziel einer hauptsächlich aktienrechtlichen Betrachtung weit hinauschießen.

Wir haben uns demnach noch auf diejenigen Aktienunternehmen zu beschränken, bei welchen der *aktienrechtliche Gründungsvorgang durch das öffentliche Recht direkt oder indirekt beeinflusst wird*, wobei dieser Einfluß in der aktienrechtlichen Konstitution des Unternehmens zum Ausdruck kommen muß.

Von der normalen AG lassen sich die besonderen Aktienunternehmen, welche Gegenstand unserer Untersuchungen sind, durch ihren *besonders gearteten Zweck* unterscheiden. Diese Tatsache wird denn auch Siegart⁷ – der übrigens als einziger Autor einzelne dieser Gesellschaften in einer aktienrechtlichen Betrachtung zusammenfaßt – den Ausschlag zu seiner Begriffsprägung «AG mit besonders gearteten Zwecken» gegeben haben. Der besonders geartete Zweck liegt dabei darin, daß seine Ausübung konzessions- oder bewilligungspflichtig ist.

⁴ Und damit deren Gründungsvoraussetzung im weitesten Sinne.

⁵ Sowohl Bundesgesetze (BG) als auch allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse (BB) kommen auf dem Weg der Gesetzgebung zustande. Wenn hier vom Bundesgesetz die Rede ist, so ist damit auch der BB ipso jure inbegriffen.

⁶ Z. B. Bewilligungspflicht für die Eröffnung oder Erweiterung von Betrieben der Uhrenindustrie: BRB zum Schutz der Uhrenindustrie vom 12. 3. 1934, überholt durch BB vom 22. Juni 1951. Bewilligungspflicht für die Eröffnung oder Erweiterung von Gasthöfen: BG vom 16. 8. 1924; BB vom 24. 6. 1949; heute gegenstandslos. Bewilligungspflicht für die Eröffnung und Erweiterung von Warenhäusern: BRB vom 27. 12. 1944; gegenstandslos seit dem 31. 12. 1945.

⁷ Siegart, V 5 a, Einleitung N 100.

Zusammenfassend können wir denn die «AG m. bes. Char.» durch die folgenden begriffswesentlichen Elemente charakterisieren:

1. Es handelt sich um eine AG, welche als *privatrechtliche Gründung* entsteht.

2. Die «AG m. bes. Char.» verfolgen einen *besonders gearteten Zweck*. Die Zweckverfolgung der Gesellschaft hängt von einer öffentlich-rechtlichen Konzession oder Polizeibewilligung ab.

3. Durch den besonderen Zweck bedingte, öffentlich-rechtliche Vorschriften beeinflussen den gesellschaftsrechtlichen Gründungsvorgang, indem sie Bestimmungen des Aktienrechts direkt oder indirekt *derogieren*.

Mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die schon den Römern bekannte Tatsache «*omnis definitio in jure civili periculosa est*» möchten wir diejenigen Gesellschaften, welche vom Begriff der «AG mit besonderem Charakter» eingeschlossen werden, definieren als:

«*Aktiengesellschaft, deren privatrechtliche Entstehung sowohl auf aktienrechtlichen – als auch auf diese beeinflussenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen beruht.*»

§ 2 Zweck und Arten

I. Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck

Das Motiv, welches der Entstehung einer Aktienunternehmung zugrunde liegt, ist wohl immer in den Gewinnaussichten der Gesellschaftsmitglieder – als Folge des Erwerbszweckes der Gesellschaft selbst – zu suchen. Zweck der AG im weitesten Sinne ist also immer *Erwerbsabsicht*. Dies nicht allein bei den «wirtschaftlichen» Unternehmen, ebenso sehr auch bei denjenigen Gesellschaften, welche sogenannte «nichtwirtschaftliche» Zwecke im Sinne von OR 620 Abs. 3 verfolgen, d. h. welche ihr Ziel in der Erfüllung wohlthätiger und gemeinnütziger Aufgaben sehen, trifft diese Feststellung zu. Denn mit den einmaligen Beiträgen der Mitglieder in Form von Anteilzeichnungen am Grundkapital kann eine Gesellschaft dieser Art noch nicht ihrem humanen Zweck huldigen. Sie bedarf dazu vielmehr laufend flüssiger Mittel, die durch eine Geschäftstätigkeit beschafft werden und durch einen statutarischen Ausschluß des Anspruches auf Dividende und Liquidationsanteil der «nichtwirtschaftlichen» Zweckverfolgung erhalten bleiben.

Diese einzige Unterscheidung nach Zwecken, welche unser Aktienrecht mit seinem Hinweis auf wirtschaftliche und nichtwirtschaftliche

Unternehmen trifft (OR 620), bleibt denn – wenigstens vom Standpunkt des Unternehmens aus – irrelevant. Man kann sich demnach neben den «AG m. bes. Char.», welche wirtschaftliche Zwecke verfolgen, auch solche vorstellen, welche die Früchte ihrer Erwerbstätigkeit für wohltätige und gemeinnützige Zwecke zu verwenden trachten¹.

II. Zweckverfolgung und Aktienkapital

Das Streben nach Gewinn ihrer Mitglieder läßt eine AG immer auf jenem Gebiet des Wirtschaftslebens ihren Betätigungskreis und damit ihren Zweck begründen, auf dem sie sich am meisten finanziellen Erfolg verspricht, – auf dem die «Summe aller materiellen Werte, die dem Aktionär aus der Geschäftstätigkeit zufließen»² größtmögliche Höhe erreicht. So wird denn der Entscheid über den von einer AG zu verfolgenden Zweck von der voraussichtlich zur Verfügung stehenden Finanzkraft, eventuell auch von einzubringenden Sachwerten oder immateriellen Gütern, – und letztlich auch von der Fachkenntnis der Gründer oder zur Mitarbeit gewonnener Dritter abhängen.

Es erscheint uns notwendig, die «AG m. bes. Char.» nach ihrem *Zweck* zu gruppieren. Dadurch wird man erst der wirtschaftlichen – und wirtschaftsrechtlichen Verschiedenartigkeit dieser besonderen Aktienunternehmen gewiß, und man erhält zugleich erste Anhaltspunkte, um später eine Unterscheidung der «AG m. bes. Char.» nach *Arten* treffen zu können.

Eine erste Trennung läßt sich nach der Stellung des Grundkapitals in seiner Funktion als *Mittel der Zweckverfolgung* vornehmen: Es existieren grundsätzlich zwei Möglichkeiten, mit dem zur Verfügung stehenden Kapital gewinnbringend zu arbeiten. Die eine besteht darin, daß das ganze Kapital als solches nutzbringend angelegt wird, während im anderen Fall mit den Barmitteln die zu einer bestimmten Geschäfts-

¹ Hier tritt die allen Aktienrechts-Kommentatoren bekannte Schwierigkeit in der Abgrenzung der beiden vom OR unterschiedenen Begriffe «Zweck» und «Gegenstand» klar zutage. Nach A. Heß in SJZ 35, S. 178 ist Zweck, «was die Gesellschaft zu tun und zu erreichen beabsichtigt» während Gegenstand «das gegenwärtige Mittel, mit dem der Zweck erreicht werden soll» darstellt. Im Fall einer nichtwirtschaftlichen AG m. bes. Char. wäre demnach Zweck die Verfolgung gemeinnütziger und wohltätiger Aufgaben; Gegenstand z. B. der Betrieb von Bankgeschäften.

² Graffenried, S. 38.

tätigkeit notwendigen Räumlichkeiten, Arbeitsgeräte usw. beschafft werden.

A. Das Grundkapital als direktes Mittel der Zweckverfolgung

Die Gesellschaften dieser Gruppe legen ihr Kapital bei anderen Unternehmen an; man spricht in diesem Fall bekanntlich von Finanzierungs-AG oder nach *Guhl*³ auch von Kapitalanlage- oder Investementgesellschaften.

Mit dem zur Verfügung stehenden Kapital werden aber nicht selten auch sogenannte Tochtergesellschaften aufgezogen; mit anderen Worten – es wird eine andere AG soweit finanziert, daß deren Beherrschung erreicht wird. Das finanzierende Unternehmen wird dadurch zur *Holdinggesellschaft*⁴.

Wiewohl sich mit der Holdinggesellschaft keine eigene Rechtsordnung befaßt und sie nur in zwei Spezialvorschriften des Obligationenrechts (OR 671, Aus. 4 und 711, Abs. 2) und im Steuerrecht besonders berücksichtigt wird, unterscheidet sie sich in ihrer wirtschaftlichen und rechtlichen Struktur so wesentlich von der «normalen» AG, daß man versucht wäre, ihr im Rahmen dieser Arbeit vermehrte Aufmerksamkeit zu schenken. Die aktienrechtlichen Probleme, die um diese Sonderart auftauchen, weisen überdies große Ähnlichkeit mit denjenigen der eigentlichen «AG m. bes. Char.» auf; aus diesem Grund wird sie denn auch *Siegwart*⁵ seiner Zusammenstellung von AG mit besonders gear teten Zwecken beigelegt haben.

Zwei Gründe sind es, die uns veranlassen, von einer weitem Einbeziehung der Holdinggesellschaft in unsere Betrachtungen über die «AG m. bes. Char.» abzusehen: Erstens ist die Bedeutung der die Holdinggesellschaft betreffenden Fragenkomplexe als Gründungsvoraussetzung relativ gering. Wollte man sich dennoch mit den unseren

³ *Guhl*, S. 416.

⁴ Rein vom finanziellen Übergewicht der sogenannten Muttergesellschaft hängt allerdings die Beherrschung der Tochtergesellschaft nicht allein ab. Durch das Institut der Stimmrechtsaktien kann sich eine Holdinggesellschaft auch mit geringerer finanzieller Beteiligung die Herrschaft sichern.

⁵ *Siegwart* V 5 a Einltg. N 152 Holdinggesellschaft im engeren Sinne. Nach OR 671, 711 könnte unter HG jedes Aktienunternehmen verstanden werden, welches sich die Beteiligung an anderen Unternehmen zur Aufgabe macht. Als Holdinggesellschaften im engeren Sinne gelten aber nur die AG., die die Beherrschung anderer zum Ziele haben. In diesem Sinne auch v. *Steiger*, Aktienrecht, S. 153, 212 ff.

späteren Betrachtungen verwandten Problemen auseinandersetzen, so wäre ein Abgleiten in wirtschaftsphilosophische Gebiete kaum zu vermeiden, und unserer Arbeit würde eine gewisse *Geschlossenheit* in der Darstellung der unser Thema berührenden Fragen abgehen. Zweitens hat die Holdinggesellschaft in der Literatur bereits abschließende Bearbeitung gefunden, so daß wir den Interessenten auf die betreffenden Autoren verweisen können⁶.

B. Das Grundkapital als indirektes Mittel der Zweckverfolgung

Unter diese Gruppe zählen wir alle diejenigen Unternehmen, die ihre Finanzmittel in erster Linie zur Beschaffung von Sachwerten oder immateriellen Gütern verwenden, welche dann ihrerseits die Erwerbstätigkeit der Gesellschaft erst ermöglichen. Der Anteil dieser Sach- und immateriellen Güterwerte am Vermögen der Gesellschaft schwankt dabei vom Minimum bis zum Maximum. Banken und Versicherungsgesellschaften zum Beispiel müssen nur für die Lokalitäten und die Kundenwerbung Barmittel bereitstellen, während bei Gesellschaften des Transportgewerbes oder bei Elektrizitätsunternehmen das ganze Aktienkapital für die Beschaffung von Transportgeräten und Betriebsanlagen erhalten muß. Wir werden im nächstfolgenden Teil unserer Ausführungen die bemerkenswerte Feststellung machen, daß unsere besonders gearteten Aktienunternehmungen durchwegs den beiden Extremen angehören, während sich bei allen normalen AG, wie etwa bei Fabrikations- oder Handelsunternehmen, direkt arbeitendes Barkapital und in Sach- oder immaterielle Güterwerte umgewandeltes Kapital etwa die Waage halten.

III. Zweck und Gewerbefreiheit

Im vorhergehenden Paragraphen⁷ wurde festgestellt, daß alle «AG m. bes. Char.» einen besonders gearteten Zweck aufweisen. Die besondere Artung besteht dabei darin, daß die Ausübung des vorgesehenen Gesellschaftszweckes⁸ einer Konzession oder Bewilligung bedarf.

Die bewilligungs- oder konzessionspflichtigen Tätigkeiten stehen also *außerhalb der absoluten Gewerbefreiheit*; entweder weil sie dem Staats-

⁶ Vergl. *Siegwart* V 5 a, N 153 und dort zitierte Literatur; ferner Referat *W. v. Steiger* in ZSR 62 S. 195 a ff.

⁷ Vergl. vorne S. 22.

⁸ Vergl. vorne S. 24. Anm. 1: richtiger wohl «Gesellschafts-Gegenstand».

⁹ Durch in der Verfassung verankertes Monopol.

wesen überhaupt vorbehalten⁹, oder weil sie seiner gewerbepolizeilichen Gesetzgebungshoheit unterworfen sind.

A. Zwecke, die dem Bund vorbehalten sind

Es handelt sich bei diesen um unmittelbare Monopole, d. h. um «nutzbare Rechte, die kraft eines Satzes des öffentlichen Rechts ausschließlich dem Staate zustehen, während ihr Inhalt an sich als privatrechtliche Befugnis gilt¹⁰». Verankert sind diese Regalien direkt in der Verfassung. (Postregal BV 36, Telegraphenregal BV 36, u. a.) Dem Bund kann aber neben diesen «historischen» Regalien auch ein Monopol auf Grund seiner Gesetzgebungskompetenz zustehen; allerdings muß sich diese Befugnis auf die BV zurückführen lassen¹¹. Rechtlich gesehen auf der gleichen Stufe steht die sogenannte «Eisenbahnkonzessionshoheit»¹² des Bundes.

B. Zwecke, die den Kantonen vorbehalten sind

Es können Tätigkeiten auch kraft kantonalen Rechts von der Gewerbefreiheit ausgeschlossen sein. Parallel den Verhältnissen im Bundesrecht kann die Zweckbeschränkung entweder auf ein Monopol zurückgehen, welches der Kanton direkt aus der BV ableitet (nach bisher unwidersprochener Ansicht von *Giacometti*¹³ gestattet BV 31 den Kantonen, neue Monopole zu begründen. BV 31 hält kantonale Regale generell vor!) oder auf ein Monopol, das der Kanton auf Grund seiner in der BV oder in Bundeserlassen verankerten Gesetzgebungshoheit einführt. So wurde z. B. bei der Begründung von kantonalen Bergbau-¹⁴ und Kraftwerkbaumonopolen¹⁵ verfahren.

¹⁰ *Gierke*, Deutsches Privatrecht 2, S. 399.

¹¹ So war bekanntlich an Stelle der heute geltenden Getreideverordnung (BG über die Getreideversorgung und Vollmachtenbeschluß 1940) ein Getreidemonopol des Bundes vorgesehen.

¹² Dieser Begriff hat im öffentlichen Recht allgemeine Bedeutung erlangt; vergleiche hinten, S. 52. Über die Rechtsnatur der Eisenbahnkonzessionshoheit vergl. *Giacometti*, S. 300.

¹³ *Giacometti*, S. 302.

¹⁴ Mit Ausnahme der Kantone Graubünden und Genf, die sich im Bergbau nur ein staatliches Obergerichtsrecht vorbehalten haben, besteht in allen Kantonen ein Bergregal. Vergl. hiezu Dr. *H. Schmid* in SJZ XVII, S. 105 ff.

¹⁵ Grundlage BV 24bis, darauf gestützt «BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte» vom Dezember 1916. Vergl. insbesondere Art. 2 des Gesetzes. Zürcherisches Monopol: Grundlage ZGB 664, Abs. 3 EGZGB von 1911, S. 137.

C. Zwecke, die unter dem Hoheitsrecht von Bund oder Kantonen stehen

Auch die unter diese Gruppe fallenden Zwecke sind von der Gewerbefreiheit ausgeschlossen, denn deren Ausübung steht unter dem Gewerbepolizeirecht von Bund oder Kanton.

Im einen Fall kann die BV Bund oder Kantonen die Oberaufsicht über ein bestimmtes Gewerbe zuweisen. Sie hat dies z. B. bei der Regelung des Privatversicherungswesens getan¹⁶. Im anderen Fall kann aber die Polizeiaufsicht auch durch die Bundes- oder Kantonsgesetzgebung statuiert werden, sofern die BV diese Delegation zuläßt. Dieses Verfahren wurde z. B. bei der Regelung des Bankwesens angewendet¹⁷; um auch ein kantonalrechtliches Beispiel zu erwähnen, machen wir aufmerksam auf die kantonale Oberaufsicht über das Bergbauwesen in den Kantonen Graubünden und Genf¹⁸. Und schließlich kann der Kanton aus dem ihm zustehenden selbständigen Polizeiverordnungsrecht¹⁹ heraus die Ausübung eines Gewerbes beschränken oder gar verbieten, sofern sich ein solcher Eingriff in die Gewerbefreiheit mit der Sorge um die Aufrechterhaltung von Sittlichkeit, öffentlicher Ordnung, Treu und Glauben im Verkehr usw. rechtfertigen läßt.

D. Zweck und Aktiengesellschaft

Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Normen auf die Freiheit der Erwerbsausübung und insbesondere auf die Freiheit der Zweckverfolgung durch die AG erschöpft sich aber nicht mit den eben angeführten Einschränkungen. Vielmehr kann es sogar Sache des Verwaltungsrechtes sein, zu regeln, ob die Verfolgung eines bestimmten Zweckes *nur* der AG zukommen soll oder ob sie gerade der AG vorenthalten sei²⁰. So müssen z. B. die «Kreditkassen mit Wartezeit» als Aktienunternehmen konstituiert sein²¹. Auch wird Privatversicherungsunternehmungen die

¹⁶ BV 34, darauf gestützt das «BG über die Beaufsichtigung von Privatunternehmen im Gebiete des Versicherungswesens» vom 25. Juni 1885, und «VO des Bundesrates über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmungen» vom 11. September 1931.

¹⁷ BV 34ter, 64, 64bis, «BG über die Banken und Sparkassen» vom 8. November 1934.

¹⁸ Vergl. Fußnote 14 dieses Paragraphen.

¹⁹ Vergl. dazu *Giacometti*, S. 305.

²⁰ *Sieewart*, 626 N 39.

²¹ Art. 5 der VO des Bundesrates vom 5. 2. 1935.

Bewilligung zur Geschäftsaufnahme nach der Praxis der Aufsichtsbehörde²² nur dann erteilt, wenn es sich beim gesuchstellenden Unternehmen um eine AG oder um eine Genossenschaft handelt²³. Ebenso sollten nach dem Entwurf zum Seeschiffahrtsgesetz nur solche Schiffsbesitzer das Recht zur Führung der Schweizerflagge zuerkannt erhalten, welche sich als AG oder Genossenschaft konstituierten²⁴. Das neue Seeschiffahrtsgesetz hat diese Klausel aus dem Entwurf nicht übernommen²⁵.

IV. Zweck und Öffentlichkeit

Wie verschieden auch die Wege sind, die sich der Bundes- oder Kantongesetzgeber für die Beschränkung der Zweckfreiheit wählte, so läßt sich ihre Motivierung in jedem Fall auf dasselbe Hauptargument zurückführen: Vermehrter Schutz des öffentlichen Interesses²⁶, weil die Verfolgung dieser Zwecke einen ausgesprochen großen Kreis von Außenstehenden berührt. Hatten Bund und Kanton sich dabei rechtlicher oder faktischer Monopole bedient, so dürften neben dem Willen, zum Schutz der Bürger und zur Förderung ihrer Wohlfahrt zu intervenieren, jeweils auch rein staatsegoistische, fiskalische Erwägungen mitgespielt haben²⁷. Weil die von den «AG m. bes. Char.» ausgeübten Tätigkeiten also auch ausgesprochen in der *staatspolitischen* Interessensphäre liegen, sind sie denn Objekt einer steten Interessenkonkurrenz zwischen Gemeinwesen und Privatwirtschaft. Auf dem Tätigkeitsfeld der «AG m. bes. Char.» werden denn auch die eigentlichen Staatsunternehmungen immer zahlreicher: in Form von öffentlich-rechtlichen An-

²² Eidgenössisches Versicherungsamt.

²³ W. Koenig in «Versicherungsgesellschaft», OR-Kartothek S. 2; Haymann, S. 46; Stampfli, S. 49. Eine Ausnahme von dieser Praxis fand allerdings im Falle der englischen Personengesellschaft «Lloyd's» statt; (BBL 1947 III S. 394; vergl. auch SVZ 47/48, S. 257 ff.)

²⁴ Entwurf zum BG über die Seeschiffahrt unter der Schweizerflagge, BBL 1952 I S. 333 ff., Art. 15.

²⁵ Ob für den Betrieb einzelner Gewerbe die AG auch ausgeschlossen werden kann, hatte das Zürcher Obergericht im Falle einer Apotheken-AG zu entscheiden; vergl. ZBJV 65, S. 364. Es darf angenommen werden, daß als Eigentümerin einer Apotheke auch die AG eingetragen werden kann. Der Patentinhaber wird aber als Geschäftsführer der AG bestimmt werden müssen.

²⁶ Vergl. die Botschaften des Bundesrates an die Bundesversammlung. Bankwesen: BBL 34 I S. 171 ff.; Kreditkassen: BBL 34 II S. 454; Versicherungswesen: BBL 1885 I S. 101.

²⁷ Das Postregal sollte dem Bund eine direkte Einnahmequelle verschaffen.

stalten oder gemischtwirtschaftlichen und öffentlichen Unternehmungen in privatrechtlichem Gewande^{28, 29}.

V. Arten

Die «AG m. bes. Char.» gehören den verschiedensten Wirtschaftszweigen an. Ihre rechtlichen Eigenarten lassen sich auf die verschiedensten verwaltungsrechtlichen Gesetzgebungsakte zurückführen. In Ermangelung der Möglichkeit, eine Gruppierung nach rein aktienrechtlichen Gesichtspunkten vorzunehmen, muß eine Unterscheidung verschiedener Arten vom *öffentlichen Recht* her getroffen werden: In Anlehnung an die bereits früher erfolgte Gruppierung³⁰ können wir einerseits besonders geartete Aktienunternehmen unterscheiden, welche zur erfolgsversprechenden Gründung einer Konzession bedürfen, anderseits solche, die von der Erteilung einer Bewilligung abhängig sind.

Eine weitere Charakterisierung läßt sich nach der Stärke des Einflusses von Konzession und Bewilligung auf den *aktienrechtlichen* Gründungsverlauf treffen. In dieses System möchten wir im Folgenden diejenigen «AG m. bes. Char.» einreihen, denen im zweiten Teil unserer Ausführungen besondere Beachtung geschenkt werden soll:

A. Konzessionspflichtige Unternehmen

1. Eine machtverleihende Verfügung des öffentlichen Rechts ist *conditio sine qua non* für die Entstehung der Aktiengesellschaft:

Eisenbahn-AG.

2. Die AG entsteht als juristische Person auch *ohne* machtverleihende Verfügung des öffentlichen Rechts; sie bedarf dieser nur zur Geschäftsaufnahme:

Elektrizitäts-AG

Luftverkehrs-AG

Bergbau-AG.

²⁸ Vergl. die Veröffentlichungen zum schweiz. Juristentag 1953, in ZSR 72, Heft 3, welche sich mit der rechtlichen und wirtschaftlichen Problematik dieser Unternehmungen eingehend auseinandersetzen. Vergl. auch *Hug*, in Festaussage für Fleiner 1937, S. 146 ff.

²⁹ Das Interesse des Staatswesens kommt auch darin zum Ausdruck, daß es rein privatrechtliche Unternehmen indirekt fördert: So z. B. durch Steuererleichterungen, Garantieverträge u. a. Nach v. *Steiger*, Aktienrecht, S. 59 hatte der Kanton Waadt bei Gründung der «Crédit Foncier Vaudois» durch Garantievertrag die Garantie für eine Mindestdividende von 4 % übernommen.

³⁰ Vergl. vorne S. 26 ff.

B. Bewilligungspflichtige Unternehmen

1. Machtverleihende Verfügung des öffentlichen Rechts als *conditio sine qua non* zur Entstehung der AG:

Bank-AG.

2. Machtverleihende Verfügung des öffentlichen Rechts nur als Voraussetzung zur Geschäftsaufnahme:

Versicherungs-AG

Kreditkassen-AG

Pfandbriefzentralen-AG

Hochseeschiffahrts-AG.

§ 3 Geschichtlicher Rückblick

I. Die Kollision zwischen Staats- und Privatinteressen im frühesten Entwicklungsstadium der AG

Die Geschichte der «AG m. bes. Char.» ist eigentlich die Geschichte der AG überhaupt¹. Denn mit dem Aufkommen dieser neuartigen, ganz auf die Interessen der Privatwirtschaft zugeschnittenen Gesellschaftsform gingen die ersten Bestrebungen des Staatsgesetzgebers zur Eindämmung der absoluten Gründerautonomie fast parallel.

Das schnelle Eingreifen des Gesetzgebers war vor allem wohl auf die Tatsache zurückzuführen, daß sich die ersten Aktiengesellschaften, – ja sogar bereits ihre Vorgänger, wie die Ambrosiusbank in Mailand, welche schon Ende des sechzehnten Jahrhunderts über 14 000 Gesellschafter unter sich vereinigte, – vornehmlich denjenigen Tätigkeiten zuwandten, die große Bevölkerungsschichten berührten: sie bezweckten den Betrieb von *Banken* und *Versicherungsanstalten*. Weil solche Unternehmen großer Kapitalsummen bedurften, war für ihren Betrieb das Institut der AG, welche die großen notwendigen Mittel durch Zusammenfassung kleiner und kleinster Beiträge mit Leichtigkeit aufzubringen vermochte, außerordentlich geeignet².

Den Gefahren, die der Bevölkerung durch ihre Abhängigkeit von Banken und Versicherungsgesellschaften drohten, trat man aber nicht – was am naheliegendsten gewesen wäre – etwa damit entgegen, daß

¹ Über die Geschichte der AG im allgemeinen vergl. die Darstellungen von Cohn, S. 18 ff.; Fischer, S. 12 ff.; Lehmann, S. 19 ff.; Silbernagel, S. 1 ff.

² Auch in England, welches eine von kontinentalen Einflüssen unabhängige Aktienrechts-Entwicklung durchmachte, betrieb die erste AG ein Bankunternehmen; die spätere «Bank von England». Vergl. Fischer, S. 17.

man den *Geschäftsbetrieb* solcher Unternehmen in gesetzliche Schranken gewiesen hätte oder durch die Behörden beaufsichtigen ließ; vielmehr glaubte man, die Gefahr in der *AG als solche* erkennen zu müssen, – gegen die AG als solche war denn auch die gesetzgeberische Tätigkeit des Souverains gerichtet: sie brachte zuerst das sogenannte Oktroierungssystem, welches dem Staat die Kompetenz zusprach, der Gesellschaft einerseits ein subjektives Recht zur Ausübung einer bestimmten Tätigkeit zu geben³, und sie andererseits in einem besonderen Akt⁴ mit Persönlichkeitsrechten auszustatten.

Auch die große Law'sche Krise von 1720, welche die Bankunternehmen ganz Europas in Mitleidenschaft zog, und das Institut der AG weitgehend diffamierte⁵, vermochte nicht, den Gesetzgeber zu einer Besinnung auf die wirklichen Keimstellen solcher Failliten – die wohl eher in der absolut uneingeschränkten und unbeaufsichtigten Geschäftsausübung, als in der Gesellschaftsform als solche lagen – zu bringen. Von einzelnen Ausnahmen abgesehen⁶ fanden sich nach Aufkommen der ersten umfassenden Aktienrechtskodifikation im französ. *code de commerce* keine spezialgesetzlichen Ordnungen über die Ausübung «volksgefährdender» Tätigkeiten⁷; man vertraute ganz auf die aktienrechtliche Beschränkung der Gründungsfreiheit durch das sogenannte Konzessionssystem^{8, 9}.

Die im Konzessionssystem enthaltene Prüfungspflicht der Behörden über die Gesellschaftsgründung beschränkte sich auf die Kontrolle der *formellen* Gründungserfordernisse; genügten die Gründer diesen und wurde die Staatsgenehmigung erteilt, so war ihnen für die Geschäftstätigkeit freie Hand gelassen. Somit war nicht verhindert worden, daß

³ Sogen. Privilegierung.

⁴ Sogen. Inkorporierung.

⁵ Den neuen Auftrieb gaben der AG die Versicherungsunternehmungen der Hansastädte. Vergl. *Lehmann*, S. 19 ff.; v. *May*, S. 23.

⁶ Vergl. hinten S. 33.

⁷ Insbesondere der Betrieb von Banken und Assekuranzunternehmungen.

⁸ *Cohn*, S. 44. Für die Gründung einer AG war «l'autorisation du gouvernement» erforderlich. Mit dem Ausspruch Art. 37 des CdC «et avec son approbation pour l'acte qui la constitue» war auch eine Prüfung des Gründungsvorganges durch den Staat vorgeschrieben.

⁹ Statt Konzessionssystem wäre nach unserer Ansicht richtiger: «Bewilligungssystem». Vergl. unsere Darstellung der Rechtsnatur der Konzession, hinten S. 54 ff.). Konzession ist Verleihung! Da die Literatur dem Normativsystem nur das Konzessionssystem gegenüberstellt, sehen wir von einer weiteren Unterscheidung zwischen Genehmigungssystem–Konzessionssystem ab.

durch neue Krisen, von denen Bank- und Versicherungsunternehmen, später auch Eisenbahngesellschaften betroffen wurden, große Teile der Volksvermögen verloren gingen.

Zwei Kodifikationen, welche die besonderen Probleme der im Allgemeininteresse stehenden Aktienunternehmungen frühzeitig erkannten und solche Gesellschaften eigentlichen Spezialnormen unterstellten, verdienen besondere Beachtung:

Das *herzoglich-badische Einführungsgesetz* schrieb in Art. 32 eine Staatsgenehmigung, welche sich auch über Geschäftsreglemente erstreckte, ausdrücklich nur für *Bank- und Versicherungs-AG* vor. Für Gesellschaften mit anderen Tätigkeiten bestand Gründungsfreiheit! Ebenso enthielt das englische Aktienrecht eine besondere Regelung für solche Unternehmungen: Ein 1855 erlassenes Gesetz, welches allerdings schon nach drei Jahren wieder fallengelassen wurde, schloß die als AG aufgezogenen Banken und Assekuranzfirmen von jeder Haftungsbeschränkung aus¹⁰. Auch für Eisenbahngesellschaften sollen zeitweise Sondergesetze bestanden haben, welche den allgemeinen Aktienrechtsvorschriften vorgingen.

Zusammenfassend lassen sich die folgenden Grundtendenzen in der Entwicklungsgeschichte der Aktienunternehmungen mit besonders gearteten Zwecken aufzeichnen:

1. Schon die ersten europäischen Aktienunternehmen betrieben Banken und Versicherungsinstitute, – d. h. verfolgten Tätigkeiten, die heute spezialgesetzlich geregelt sind und die betreffenden Unternehmen zu «AG m. bes. Char.» machen.

2. Spezialgesetzliche Regelungen der Geschäftstätigkeit dieser vermehrt auf öffentlichem Vertrauen beruhenden Unternehmungen bestanden im allgemeinen nicht. Einzelne Aktienrechtskodifikationen enthielten Sonderrecht für Banken, Versicherungen und Bahngesellschaften als Privatrecht. Den Gefahren, die die Ausübung gewisser Gesellschaftszwecke mit sich brachten, suchte man mittels des Gesellschaftsrechtes entgegenzutreten.

3. Dieses brachte für die AG Gründungsbeschränkungen durch *Genehmigungszwang*. Hatte der Staat die erfolgte Konstitution des Unter-

¹⁰ Ob hier überhaupt noch von einer AG gesprochen werden darf, scheint fraglich, ist doch die Haftungsbeschränkung Wesensmerkmal dieser Gesellschaftsform.

nehmens einmal genehmigt, so war die weitere Geschäftstätigkeit absolut frei; die Behörden hatten keine Aufsichts- und Kontrollrechte.

II. Die Entwicklung in der Schweiz vor dem OR von 1881

Im großen und ganzen gesehen unterscheidet sich die Entwicklung, die schließlich zur «AG m. bes. Char.» in der Schweiz führte, nicht sehr von derjenigen auf europäischem Boden; auch in unseren Kantonen richtete sich der Gesetzgeber in Verkennung der wirklichen Gefahrenquellen *gegen die AG* – selten aber gegen die von diesen ausgeübten Tätigkeiten.

Bei uns fand die AG erst im Zuge der ersten Industrialisierung und des Ausbaus des Verkehrswesens, d. h. ab Mitte des neunzehnten Jahrhunderts, vermehrt Eingang. Auch in der Schweiz waren es vor allem Kreditinstitute und Versicherungsunternehmen, welche in AG-Form ins Wirtschaftsleben traten¹¹. Für Eisenbahnunternehmungen, welche in jenen Jahren zu Dutzenden entstanden, war die Form der AG das rechtliche Idealgerüst, denn Landkauf, Bau und Betrieb der Bahn erforderten Riesensummen, welche nur die AG aufzubringen imstande war. Bei der Kapitalintensität solcher Unternehmen wäre wohl ohne diese neue Gesellschaftsform die große Aktivität beim Bau eines schweizerischen Bahnnetzes kaum möglich geworden¹²!

Die kantonalen Aktienrechts-Kodifikationen – soweit solche vor dem Inkrafttreten des Bundesobligationenrechtes schon bestanden¹³ – lehnten sich im allgemeinen an ausländische Vorbilder an und unterstellten die Gesellschaftsgründung dem sogenannten Konzessionsprinzip¹⁴. Der Staatsgenehmigung, welche die AG-Gründung erst beendete, ging in den meisten Kantonen eine Kontrolle voraus, die sich nur auf die Erfüllung formeller Erfordernisse bezog; die Schutzwirkung der Gründungsgenehmigung gegenüber der gefährdeten Öffentlichkeit war daher eher illu-

¹¹ Vergl. die aufschlußreiche Aufstellung der ersten kantonalen AG-Gründungen in der Schweiz bei v. May, S. 27 f. und bei *Stammbach*, S. 381 ff.

¹² Vergl. *Vollmar*, «Eisenbahnwesen», in Reichsberg, Handbuch der schweizer. Volkswirtschaft.

¹³ Nur 12 Kantone und der Berner Jura besaßen eigentliche Kodifikationen. Vergl. *Stammbach*, S. 1 ff.

¹⁴ v. May, S. 35. Genf und Neuenburg sahen überhaupt keine Staatsgenehmigung vor.

sorisch¹⁵, um so mehr, als auch für Bank- und Versicherungs-AG in fast allen Kantonen *keine Publizitätsvorschriften* bestanden¹⁶.

Die besondere Stellung, die Aktienunternehmen mit allgemein interessierenden Zwecken gegenüber der Öffentlichkeit einnehmen mußten, erkannte P. C. von Planta und ließ ihn für den Kanton Graubünden eine sehr fortschrittliche Regelung treffen: Das bündnerische Privatrechtsgesetzbuch von 1862 statuierte für die AG prinzipielle *Gründungsfreiheit* und sah von einer Genehmigungspflicht ab¹⁷. Gemäß Art. 94 des Gesetzes galt dieser Grundsatz nicht für Unternehmen, welche auf öffentlichem Kredit beruhen, mit andern Worten Banken, Sparkassen, Versicherungen. Zudem unterstanden diese Unternehmen einer kontinuierlichen Aufsicht der Regierung, d. h. diese konnte von der Gesellschaft den Nachweis verlangen, daß sie auf solider Grundlage ruhe und die zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen erforderliche Gewähr biete¹⁸.

Bedeutungsvoll erscheint uns ein Rückblick auf die damaligen Verhältnisse im Kanton Bern. 1847 wurde dort ein Gesetz über «gemeinnützige Gesellschaften, welche die Versicherung des Lebens oder Vermögens oder die Verwaltung des Eigentums anderer auf längere Zeit zum Zwecke haben» erlassen¹⁹. Es handelte sich dabei um eine spezialgesetzliche Regelung aus öffentlichem Recht, welche sich an die Unternehmen an sich, *ohne* Berücksichtigung ihrer Gesellschaftsform, wandte! Die Ausübung der betreffenden Tätigkeiten erforderte eine Bewilligung des Regierungsrates. Zudem hatte der Regierungstatthalter das Recht, zu bestimmten Zeiten die Gesellschaftsrechnungen einzusehen und zu genehmigen. Unseres Wissens handelt es sich hierbei um die *erste spezialgesetzliche, öffentlich-rechtliche Normierung einer Zweckausübung, welche das privatrechtlich geordnete Gesellschaftsrecht durchbrach*, überhaupt! Immerhin dauerte diese Ordnung, welche ausgesprochen unsern heutigen Verhältnissen entsprach, nur ungefähr dreizehn Jahre: Das Berner Gesetz über die Aktiengesellschaften von 1860 über-

¹⁵ In Basel-Stadt wurde die Genehmigung erteilt, wenn die Behörde der Überzeugung war, «... es sei der Zweck mit dem Gemeinwohl verträglich». Ebenso hatte nach Art. 22 des Zürcher Aktiengesetzes die Behörde bei Erteilung der Genehmigung auf Kredit und öffentliche Wohlfahrt Rücksicht zu nehmen. Vergl. *Stammbach*, S. 115, 346/7.

¹⁶ Solche sahen immerhin Zürich und Basel für alle AG vor, Luzern nach Par. 5 des Firmengesetzes von 1831 für Banken.

¹⁷ *Munzinger*, S. 111, *Stammbach*, S. 246.

¹⁸ *Stammbach*, S. 247.

¹⁹ v. *May*, S. 59; *Stammbach*, S. 135.

trug die öffentlich-rechtliche Zweckgenehmigung in eine aktienrechtliche Gründungsgenehmigung (Konzessionssystem)²⁰.

Besondere Verhältnisse, die einer kurzen Erwähnung wert sind, entstanden für die Eisenbahn-Aktienunternehmen mit dem Aufkommen der eisenbahnrechtlichen Vorschriften: Vor dem Eisenbahngesetz von 1872 waren die Kantone auch zur Erteilung der *Betriebskonzession* zuständig. Bei Erteilung einer solchen behielten sich die staatlichen Behörden das Recht zur Statutengenehmigung vor, um kontrollieren zu können, ob diese mit den Konzessionsbedingungen im Einklang standen²¹. Die Statuten wurden theoretisch gleich zweimal genehmigt: ein erstes Mal in eisenbahnrechtlicher Hinsicht bei Erteilung der Betriebskonzession, ein zweites Mal in aktienrechtlicher Hinsicht anlässlich der Erteilung der aktienrechtlichen Gesellschaftskonzession. Für beide Konzessionen war der Kanton zuständig, oft sogar dieselbe kantonale Behörde²². Beide Genehmigungen wurden denn nicht selten in einer *einzig*en Verfügung erteilt, wobei nach Heß²³ der aktienrechtlichen Genehmigung das Übergewicht zugekommen sei, weil man hier «... den Maßstab der Bedürfnisse der öffentlichen Wohlfahrt» anlegte und mißbeliebige Statutenbestimmungen schon mit der Begründung, sie würden die öffentliche Wohlfahrt oder den Kredit gefährden, zurückweisen konnte. Mit dem Erlaß des Eisenbahngesetzes von 1872 bestand schließlich ein erstes Spezialgesetz von Bundesrechts wegen, dem sich alle kantonalrechtlichen Eisenbahn-AG zu unterwerfen hatten.

Abschließend sei unsere Aufmerksamkeit noch durch die damalige Stellung der Bergbau-AG beansprucht. Mangels genügender und wirtschaftlicher Verkehrsverbindungen zwischen den Kohlen- und Erzcentren des Auslandes und der Schweiz wurde vor allem im letzten Jahrhundert das Interesse von Unternehmern auf den Abbau einheimischer Minerallager gelenkt²⁴. Auf Grund seiner historischen Bergbauhoheit

²⁰ D. h. das öffentlich-rechtliche Spezialgesetz ging im privatrechtlichen Aktienrecht auf.

²¹ Heß, Genehmigung, S. 8.

²² So z. B. im Kanton Bern. Anders in Zürich: Für die AG-Konzession war der Regierungsrat zuständig (Ges. vom 25. 6. 1871, Art. 9), während die Erteilung der Betriebskonzession zum Geschäftsbereich des großen Rates gehörte. (Vergl. Gesetze des Kantons Zürich seit 1931; Band 5, S. 271, Bd. 9, S. 188 und 302.)

²³ Heß, Genehmigung, S. 9.

²⁴ Heute hat der einheimische Bergbau, wenigstens in Friedenszeiten, jegliche Bedeutung verloren. Wenn wir die Bergbau-AG dennoch in unsere Betrachtungen

oder einem verfassungsrechtlich verankerten Bergbauregal war der Kanton befugt, besondere unternehmensrechtliche Vorschriften aufzustellen, denen sich auch Aktiengesellschaften, welche den Bergbau betreiben wollten, zu unterwerfen hatten. Über das Ausmaß der Derogationskraft der öffentlich-rechtlichen Bergbauvorschriften gegenüber dem Gesellschaftsrecht existieren nur spärliche Angaben²⁵. Immerhin ist bekannt, daß einzelne Bergbau-Gesetze ein Vertretungsrecht der Behörden im Verwaltungsrat oder der Generalversammlung von Bergbaugesellschaften vorsahen. In Zürich soll z. B. die Erteilung einer Konzession davon abhängig gemacht worden sein, daß die AG ihren statutarischen Sitz im Kanton hatte und ihr Verwaltungsrat zu mindestens vier Fünfteln aus in der Schweiz wohnhaften Schweizerbürgern bestand²⁶.

Weitere spezialgesetzliche Regelungen, welche besonderen Einfluß auf die *aktienrechtliche Konstitution* der Gesellschaften ausgeübt hätten, waren zur Zeit des kantonalen Aktienrechts nicht bekannt, sondern erfolgten vielmehr zur Hauptsache erst im zwanzigsten Jahrhundert unter der Geltung des bundesrechtlichen, auf dem Normativsystem aufbauenden Aktienrecht.

III. Die Rechtsnatur der historischen Gründungskonzession

Es mag zweckmäßig erscheinen, an dieser Stelle noch kurz auf die *Rechtsnatur* der in den kantonalen Aktienrechtskodifikationen verlangten «Konzession» oder Genehmigung einzugehen. Das heutige Gründungsverfahren einer «AG m. bes. Char.» scheint sich formell in verschiedener Hinsicht an die damalige Praxis anzulehnen; daß die historische Gründungskonzession mit den heutigen Bewilligungen und Konzessionen im Recht der «AG m. bes. Char.» nicht gleichgesetzt werden darf, mögen die folgenden Überlegungen beweisen:

Wie aus unserer früher erfolgten Gruppierung besonders gearteter Aktiengesellschaften hervorgeht,²⁷ sind Konzession und Bewilligung gewöhnlich machtverleihende Verfügungen des Staates, welche die Gesellschaft zur Ausübung ihres statutarischen *Zweckes* ermächtigen. Nur

über die «AG m. bes. Char.» einbeziehen, so geschieht das im Hinblick auf die Bedeutung, die dem Bergbaurecht wieder zukommen dürfte, falls die zur Zeit in der Schweiz stattfindenden Erdölbohrungen erfolgreich verlaufen sollten.

²⁵ Vergl. die Zusammenfassung des kantonalen Bergbaurechtes bei *Heß*, Bergbau a. a. O.

²⁶ *Heß*, Bergbau, S. 41.

²⁷ Vergl. vorne S. 30.

bei Bank- und Eisenbahn-AG geht ihre Wirkung insofern weiter, als von diesen hoheitlichen Verwaltungsakten auch die Existenz der AG als *Rechtssubjekt* abhängt.

Die historische «Konzession» bezog sich andererseits auf die AG an sich. Die AG war überhaupt erst rechtsfähig, wenn ihre Gründung vom Staate genehmigt war. Die konzessionierte AG erhielt ein subjektives Recht auf Anerkennung ihrer Existenz als selbständiges Rechtssubjekt des Privatrechtes. Auf die Genehmigung bestand gewöhnlich kein Anspruch²⁸. Das wären in der Tat Merkmale, die nach heutiger Doktrin auf eine echte Konzession schließen lassen. Allein, maßgebend muß die ratio der Genehmigungspflicht sein: zur Hauptsache gaben ökonomische Motive, also Opportunitätsgründe den Ausschlag²⁹. Es galt den Gefahren zu steuern, die man glaubte aus der Form der AG drohen zu sehen; die Gründungsfreiheit mußte polizeilichen Schranken unterworfen werden. Die Gründungskonzession der kantonalen Aktienrechte stellt sich demnach als *Polizeierlaubnis* dar, wiewohl sie durch historische Überlieferung³⁰ auch die Wesensmerkmale der echten Konzession aufweist³¹.

IV. Das Aufkommen der Spezialgesetzgebung und ihr Verhältnis zum Bundes-Aktienrecht

A. Banken und Sparkassen

Schon 1853 diskutierte die Schweizerische Gemeinnützige Gesellschaft die Frage, «... ob eine gewisse Staatskontrolle über dem so bedeutenden Institut wie die Sparkassen, dem so große Summen anvertraut werden», nicht am Platze sei³². Entsprechende gesetzliche Maßnahmen beschränkten sich auf kantonale Basis und entstanden nur sehr zaghaft³³. Als *Gewerbepolizeigesetze* statuierten sie durchwegs den *Be-willigungszwang*. Die Erteilung einer solchen wurde teilweise von einer

²⁸ Vergl. vorne S. 35 Anm. 15. In einzelnen Kantonen war die Genehmigung weitgehend ins Ermessen der Behörden gestellt.

²⁹ *Benz*, S. 29.

³⁰ Zur Zeit des Oktroierungssystems bestand noch keine Gewerbefreiheit. Mit der Oktroierung war die Privilegierung verbunden, welche sich als Konzessionserteilung im heutigen Rechtssinne darstellt.

³¹ Vergl. hinten S. 56 f.

³² *Urech*, S. 5.

³³ In Ermangelung gesetzlicher Vorschriften über das Pfandrecht mußten die vor 1912 entstandenen Sparkassengesetze als unvollständig gelten.

Mindesthöhe des Grundkapitals, oder von Vorschriften über die Aufstellung obligatorischer Reservefonds abhängig gemacht^{34, 35}.

Nachdem von verschiedener Seite eine bundesrechtliche Überwachung des gesamten Bankwesens verlangt worden war³⁶, bereitete man erste Maßnahmen erst vor, als zahlreiche Bankunternehmen den ersten Wirtschaftskrisen unseres Jahrhunderts zum Opfer gefallen waren und in Zahlungsschwierigkeiten gerieten³⁷. In diesem Moment erst erkannte man, daß die Banken und Sparkassen zu einem eigentlichen «öffentlichen Dienst» geworden waren und eine unserer wichtigsten volkswirtschaftlichen Positionen darstellten.

Man glaubte anfänglich, Sicherheit im Bankwesen durch eine Revision des Aktienrechts erreichen zu können³⁸, entschied sich schließlich aber doch für ein selbständiges Gesetz öffentlich-rechtlicher Natur³⁹. Der von Prof. J. Landmann in Basel ausgearbeitete Entwurf geriet in Vergessenheit; neue Bankzusammenbrüche erfolgten, bis 1934 der Entwurf mit dazugehöriger Botschaft des Bundesrates den Räten vorgelegt wurde⁴⁰. Die Motivierung des Gesetzes betonte einerseits die Notwendigkeit einer Regelung, weil «die gegenwärtigen Schwierigkeiten erfordern, das den Banken anvertraute Sparvermögen im Interesse der Gesamtheit zu schützen», – anerkennt aber anderseits auch, daß die Banken bisher durch umfangreiche Selbstkontrollen ihre Solidität gewahrt hätten und im großen und ganzen gut geleitet worden seien.

Dieser Einsicht ist wohl zu verdanken, daß sich das «Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen» vom 8. November 1934 recht elastisch zeigt und man zur Annahme neigt, es sei erst *nach* der Revision unseres Aktienrechts entstanden und hätte auf diese aufgebaut; die das Aktienrecht durchbrechenden Vorschriften des Gesetzes und der am

³⁴ Vergl. *Schiller*, S. 26 f.

³⁵ Nach unseren grundsätzlichen Feststellungen über die Stellung des kantonalen öffentlichen Rechts zum Aktienrecht muß es als sehr fraglich erscheinen, ob diese kantonalen Vorschriften gegenüber dem OR Geltung beanspruchen konnten!

³⁶ *E. Curti*, in «Schweiz. Zeitfragen» 1885, Heft 26, S. 32.

³⁷ Vergl. *Urech*, S. 3; *Landmann*, S. 31/32.

³⁸ Motion Affolter vom 30. 1. 1914: «Der Bundesrat wird eingeladen zu prüfen, ob nicht der OR-Titel AG im Sinne einer Verschärfung der Haftung von Verwaltung und Kontrolle beförderlichst zu revidieren sei.»

³⁹ BBL 1934 I S. 173.

⁴⁰ Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Banken und Sparkassen, in BBL 1934 I S. 171 ff.

26. Februar 1935 erlassenen Vollziehungsverordnung sind demnach auch auf ein Mindestmaß beschränkt und ihre Notwendigkeit ist offensichtlich⁴¹.

B. Versicherungswesen

Die Bundesverfassung von 1874 hatte in Art. 34 dem Bund bereits die Gesetzgebungshoheit und das Aufsichtsrecht im Versicherungswesen zugehalten. Den Entwurf zum ersten, einer weiteren Reihe von entsprechenden Erlassen erließ der Bundesrat zuhanden der Bundesversammlung im Frühjahr 1885.

Das Hauptmotiv, welches zum «Bundesgesetz über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmungen» vom 11. September 1931 führte, stellte «das große Interesse der öffentlichen Wohlfahrt am Versicherungswesen»⁴². Das Gesetz sieht zur Hauptsache eine Gewerbe-polizeibewilligung als Voraussetzung der Geschäftsaufnahme vor. Diese kann nur erteilt werden, wenn die AG auch in aktienrechtlicher Hinsicht gewisse Voraussetzungen erfüllt. Die hauptsächlichsten Bedingungen, welche indirekten Zwang auf den aktienrechtlichen Gründungsvorgang der Versicherungs-AG ausüben, sind in später erlassenen, versicherungsrechtlichen Nebengesetzen niedergelegt, so im «Bundesgesetz über die Kauttionen der Versicherungsgesellschaften» vom 4. Februar 1919; im «Bundesgesetz über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen inländischer Lebensversicherungsgesellschaften» vom 25. Juni 1930, sowie in den Bundesratsbeschlüssen über die Abonnen-tenversicherung vom 17. Dezember 1931 und über die Rechtsschutzversicherung vom 1. Juni 1945. Die «Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmungen», welche die hauptsächlichsten, in aktienrechtlicher Hinsicht interessierenden Vorschriften stellt, datiert vom 11. September 1931.

C. Kreditkassen mit Wartezeit

Unter den Begriff der Kreditkasse mit Wartezeit – auch unter der Bezeichnung «Bausparkassen» bekannt – fallen nach dem Bundes-

⁴¹ Immerhin kann man sich fragen, ob der starke Einbruch in das Gesellschaftsrecht, d. h. die Abhängigkeit des rechtlichen Bestandes der AG an sich von der Erteilung einer rein zweckbedingten Polizeierlaubnis, notwendig gewesen wäre!

⁴² Vergl. Botschaft zum Gesetzesentwurf in BBL 1885 I S. 117: «Niemand wird bestreiten, daß z. B. der Zusammenbruch einer unserer Lebensversicherungsgesellschaften geradezu ein Landesunglück wäre!»

beschluß über diese Institutionen alle Unternehmungen, «... die auf Grund von Verträgen Geldleistungen mehrerer Personen entgegennehmen und diesen Personen hieraus, sowie allenfalls aus anderen Mitteln planmäßig einen Anspruch auf Tilgungsdarlehen einräumen⁴³.»

In der Schweiz sind Gesellschaften mit dieser Zweckbestimmung erst nach 1930 aufgetreten, nachdem die Bausparkassen in England während der ersten Nachkriegsjahre – und in Deutschland als Selbsthilfeaktion während der Wohnungsnot der Inflationsjahre, eine ungeahnte Verbreitung gefunden hatte⁴⁴.

Ende 1933 waren in unserem Lande bereits zwölf Kassen tätig, die 15 000 Beteiligte unter sich vereinigten. Zügellose Propaganda und unseriöses Geschäftsgebaren der Verwaltungen führte alsbald zum Eingreifen des Staates⁴⁵.

Anfänglich sah man vor, die Kreditkassengesetzgebung in die vorgesehenen Erlasse über Banken und Sparkassen einzubeziehen, oder im Bankengesetz selber eine Ermächtigung an den Bundesrat zur Gesetzgebung in dieser Materie zu verankern⁴⁶. Neue Erhebungen über die Geschäftstätigkeit der Banken mahnten zum Aufsehen; der Bund sah davon ab, den Erlaß des Bankengesetzes abzuwarten und erließ am 29. September 1934 einen dringlichen Bundesbeschluß, dem am 5. Februar des folgenden Jahres die «Vollziehungs-Verordnung über die Kreditkassen mit Wartezeit» folgte. Diese letztere enthält die Vorschriften, die im zweiten Teil dieser Arbeit Gegenstand unserer Ausführungen sein werden⁴⁷.

D. Pfandbrief-Zentralen

Bis in die zwanziger Jahre unseres Jahrhunderts waren die Hypothekarkredite allgemein mit kurzfristigen Spargeldern und Kassenobligationen finanziert worden. Die Kreditnehmer waren dabei großen Zins-

⁴³ Art. 1 Abs. 1 der Kreditkassen-VO.

⁴⁴ *Stamm*, S. 9 und S. 12.

⁴⁵ Vergl. im weiteren BBL 1934 II S. 448.

⁴⁶ *W. Brühlmann*, SJZ 29, S. 53.

⁴⁷ Die Bedeutung der Bausparkassen ist heute unter dem Einfluß des kommunalen Wohnungsbaus sehr stark zurückgegangen, weshalb wohl bis jetzt darauf verzichtet wurde, den Noterlaß zum Schutze der Kreditnehmer in ein ordentliches Bundesgesetz überzuführen. Nicht zuletzt dürfte dieser Rückgang auch der Kreditkassengesetzgebung selbst zuzuschreiben sein: von den 1935 bestehenden 17 Kassen bestanden 1936 noch deren 7. Vergl. *Stamm*, S. 22; *Kohli* S. 159.

schwankungen ausgesetzt; willigten sie in Zinserhöhungen nicht ein, so mußten sie eine Kündigung riskieren⁴⁸.

Im Bestreben, einen festen Schuldzins einzuführen, wurde 1916 der Ruf nach Schaffung des Pfandbriefes laut. ZGB 918 hatte die gesetzgeberischen Möglichkeiten bereits eröffnet⁴⁹.

Ein erster Vorentwurf zu einem Pfandbriefgesetz sah 1922 die Möglichkeit der Gründung mehrerer, rein privater Pfandbriefanstalten vor: «Wer immer den Bedingungen des Pfandbriefgesetzes zu genügen vermag, hat Anspruch darauf, vom Bundesrate die Ermächtigung zur Pfandbriefausgabe zu erhalten» war der Leitsatz. Die betreffenden Unternehmen durften nur als AG oder Genossenschaft konstituiert sein. Unter anderem war ein Mindest-Aktienkapital von acht Millionen vorgeschrieben.

Schließlich sah der schweizerische Gesetzgeber aber von einer Regelung in dieser Richtung ab und entschied, daß die Pfandbriefausgabe nur zwei Anstalten vorbehalten sein solle: der Zentrale der Kantonalbanken⁵⁰ und der Pfandbriefbank schweizerischer Hypothekarinstitute⁵¹. Beide Unternehmen hatten sich dabei als AG zu konstituieren.

Mit dem «Bundesgesetz über die Ausgabe von Pfandbriefen» vom 25. Juni 1930 hat der Bund eine einzig dastehende juristische Regelung getroffen: Die Ausgabe von Pfandbriefen bedarf der Ermächtigung des Bundesrates, wobei diese nur zwei bestimmten Aktienunternehmen erteilt werden darf. Bei der Ermächtigung handelt es sich also einerseits um eine, durch den besonderen Zweck der Pfandbrief-AG bedingte *Polizeierlaubnis*, andererseits aber zugleich um eine staatliche *Verleihung* eines außerhalb der Gewerbefreiheit stehenden Tätigkeitsfeldes, – um eine eigentliche *Privilegierung*. Immerhin, nach der Entstehung des durch das Pfandbriefgesetz statuierten Pfandbriefmonopols zu urteilen, herrschen bei der beschriebenen gesetzlichen Ordnung die gewerbepolizeilichen Momente weitaus vor, so daß unseres Erachtens die Pfandbrief-AG unter die bewilligungspflichtigen «AG m. bes. Char.» eingereiht werden darf⁵². Die Bewilligung ist hierbei nur Voraussetzung

⁴⁸ Botschaft des Bundesrates in BBL 1925 III S. 527 ff.

⁴⁹ Bisher hatte nur Genf von der Ermächtigung zur Pfandbriefausgabe auf Grund von ZGB 918 Gebrauch gemacht.

⁵⁰ «Pfandbriefzentrale der schweiz. Kantonalbanken». Die Eintragung ins Handelsregister fand am 24. 3. 1931 statt.

⁵¹ Die Eintragung ins Handelsregister erfolgte am 19. März 1931. (Utz, S. 2.)

⁵² Vergl. unsere Aufstellung, vorne S. 31.

der Geschäftsaufnahme und die im Gesetz enthaltenen Bedingungen sind dementsprechend nicht Voraussetzung des rechtlichen Bestandes der Pfandbrief-AG an sich⁵³.

E. Elektrizitätswerk-Unternehmen

Schon Mitte des letzten Jahrhunderts hatte in den Kantonen eine Wasserrechtsgesetzgebung eingesetzt. Die Bewilligungen, die nach diesen Vorschriften zum Bau von Wasserwerken erforderlich waren, stellten sich dabei durchwegs als zeitlich unbefristete Gewerbepolizeibewilligungen dar, welche unabhängig von der rechtlichen Konstitution des Petenten erteilt wurde; die von den Wasserwerken erhobenen Abgaben bezeichnete man als Patentgebühren⁵⁴.

Nach dem zürcherischen «Gesetz über Erteilung von Wasserrechten und Bestimmung der Wasserzinse» von 1836 war die Benützung der Gewässer zur Betreibung von Wasserwerken ein *Regal* des Staates; er kann durch seine Behörde das Recht zur Benützung an Dritte verleihen. Die Verleihung, die nach dem zürcherischen Gesetz schon damals in vielem der echten Konzession nach heutiger Doktrin entsprach, erfolgte nicht zuletzt auch unter dem Gesichtspunkt der möglichst wirtschaftlichen Ausnutzung des Gewässers, war aber zeitlich nicht beschränkt; Heimfalls- oder Rückkaufsrechte waren dem Gesetz nicht bekannt.

Weil bis zum Ende des neunzehnten Jahrhunderts noch keine technische Möglichkeiten zur Übertragung der Wasserkraft an den Ort des Verbrauchers bestanden, hielt sich auch die Ausnutzung in sehr engen Grenzen. Zu Bedeutung kam sie erst, nachdem es 1891 zum ersten Male gelungen war, elektrische Energie auf größere Distanz zu übertragen⁵⁵. Die kantonalen Gesetzgeber beeilten sich denn, ihr Wasserrecht den neuen Verhältnissen anzupassen⁵⁶; die einzelnen Kodifikatio-

⁵³ Trotzdem die Gründung dieser beiden genannten Unternehmen erst durch die Pfandbriefgesetzgebung ermöglicht wurde, handelt es sich doch – mindestens im Fall der «Pfandbriefbank schweiz. Hypothekarinstitute» – um rein privatrechtliche AG.-Gründungen, d. h. um «AG m. bes. Char.» im Sinne unseres Begriffes. Vergl. vorne, S. 23.

⁵⁴ Über die geschichtliche Entwicklung des Wasserrechtes in der Schweiz vergl. die sehr aufschlußreiche Darstellung von P. Liver, «Die Entwicklung des Wasserrechtes in der Schweiz» in ZSR 1952, Jubiläumsausgabe, Bd. 71.

⁵⁵ Vom Kraftwerk Lauffen am Neckar nach Frankfurt a. Main.

⁵⁶ Die neue Periode der kantonalen Wasserrechtsgesetzgebung wurde durch das St. Galler Gesetz vom 23. 11. 1893 eingeleitet.

nen wiesen bereits alle Institutionen des heutigen «Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte» auf⁵⁷.

Dieses letztere entstand, nachdem das Schweizervolk 1908 dem Bund mit dem neuen Artikel 24 der Bundesverfassung die Obergerichtliche Aufsicht in der betreffenden Materie zugestanden hatte. Der Bund war nun zur Aufstellung von Normen allgemeiner Art auf dem Gebiete der Wasserkraftnutzung befugt, — zur Wahrung der öffentlichen Interessen und zur Sicherung einer zweckmäßigen Nutzbarmachung. Weitere Vorschriften, insbesondere über das bei der Konzessionserteilung zu befolgende Verfahren, können laut Art. 24 BV nach wie vor die Kantone erlassen.

Das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 enthält nur wenige Normen von aktienrechtlicher Bedeutung; die markantesten unter ihnen haben die Zusammensetzung der Gesellschaftsverwaltung zum Gegenstand.

F. Eisenbahnwesen

Nachdem 1881 das schweizerische OR erlassen worden war, glaubte man vorerst, einer Kollision zwischen dem neuen Aktienrecht und dem Eisenbahngesetz von 1872 gewahr werden zu müssen. Art. 881 des damaligen OR bestimmte nämlich, daß alle dem neuen Gesetz entgegenstehenden Vorschriften sowohl eidgenössischen als auch kantonalen Ursprungs als *aufgehoben* zu betrachten seien, «soweit nicht durch die folgenden Artikel etwas anderes bestimmt ist». Bisher hatten ja die Aktienunternehmen durch das Konzessionssystem *alle* in gewissem Maße unter bevormundender Staatsaufsicht gestanden; der plötzliche Übergang zum Normativsystem im Aktienrecht ließ jede Realität bei der Beurteilung der besonderen Stellung des Eisenbahnwesens im Rechtssystem verloren gehen: Namhafte Persönlichkeiten betrachteten den Art. 7 des Eisenbahngesetzes, der den Bund zur Statutengenehmigung kompetent erklärte und dem Staat damit direkte Einflußnahme auf die rechtliche Konstitution ermöglichte, als dahingefallen⁵⁸.

Zu einer prinzipiellen Stellungnahme über das Verhältnis zwischen Aktienrecht und Eisenbahngesetzgebung gelangte der Bundesgesetzgeber in der Botschaft⁵⁹ zum Entwurf eines Stimmrechtsgesetzes: «Mit

⁵⁷ Insbesondere gingen sie gesamthaft von der früheren Monopolkonzession zur Sondernutzungskonzession an öffentlichen Sachen über.

⁵⁸ So Prof. G. Vogt in «Der Nordostbahnstreit», Zürich 1894, S. 19 ff.

⁵⁹ Botschaft des Bundesrates zum Entwurf eines «BG über das Stimmrecht

Grund wird aber darauf aufmerksam gemacht, daß den AG für Bau und Betrieb von Eisenbahnen deshalb eine ganz besondere Bedeutung zukommen, weil sie das Verkehrswesen des Landes beherrschen und damit auch wirtschaftlich und politisch eminent ein Gegenstand des öffentlichen Interesses sind. Es genügt daher nicht, daß die Eisenbahn-AG unter das gemeine Recht der AG gestellt werden; es ist geboten, deren besonderen öffentlichen Charakter gesetzgeberisch zu erfassen.»

Man mag zugeben, daß Gründe für die Annahme⁶⁰ bestehen, es könne für die Eisenbahn-AG nur die Eisenbahngesetzgebung und der Konzessionsvertrag Recht schaffen, und das OR komme nur subsidiär in Anwendung kraft bundesrechtlichen Vorbehaltes⁶¹. Unternehmungsrechtlich gesehen mag die Frage offengelassen werden, ob die Eisenbahngesellschaft ganz dem öffentlichen Recht unterstehe. Für unsere aktienrechtliche Betrachtung klärt sich das Problem dahin, daß das Gesellschaftsrecht auch bei der Eisenbahn-AG *neben* der Spezialgesetzgebung seine Geltung behält^{62, 63}. Die in der Eisenbahngesetzgebung recht zahlreichen, direkt aktienrechtlichen Bestimmungen sind als *lex specialis* zu entsprechenden Normen des Aktienrechts zu betrachten. Und dieser Grundsatz behält entgegen anderen Ansichten⁶⁴ Geltung, trotzdem die vom Eisenbahngesetz in Art. 7 verlangte Statutengenehmigung nicht nur Erfordernis zur Geschäftsaufnahme, sondern gar solche zum *Rechtsbestand* der Eisenbahn-AG ist⁶⁵. Dieser tiefgreifende Einbruch ins Gesellschaftsrecht ist einfach als besondere Form des dem Staat als Konzessionär zukommenden Aufsichtsrechtes anzusprechen

der Aktionäre von Eisenbahnen und die Beteiligung des Staates bei deren Verwaltung» in BBL 1894 IV S. 250 ff.

⁶⁰ So ist dieser Auffassung *L. Schürmann* in ZSR 72, Heft 3, S. 116 a.

⁶¹ Der bundesrätliche Vorbehalt soll dabei «in dem regelmäßig in den Statuten enthaltenen Hinweis auf das Aktienrecht des OR» Ausdruck finden. Vergl. Anmerkung 60.

⁶² Vergl. unsere grundlegenden Untersuchungen über die Stellung des Aktienrechts zum öffentlichen Recht, vorne S. 17.

⁶³ Uns scheint, daß man zu diesem Schluß auch aus anderen Gründen kommen sollte: Die nach 1881 erlassenen Eisenbahnvorschriften scheinen das OR durchwegs stillschweigend gelten zu lassen; zudem geht aus den oben zitierten Äußerungen in der Botschaft zum Stimmrechtsgesetz nicht hervor, daß nach der Meinung des Gesetzgebers dem OR neben den Spezialgesetzen nur noch subsidiäre Geltung zukommen solle.

⁶⁴ Vergl. Anm. 60.

⁶⁵ Vergl. hinten S. 121.

und beschränkt im weiteren die privatrechtliche Existenz des Unternehmens so wenig, als dies die Vorschrift über die Statutengenehmigung im Bankengesetz tut⁶⁶.

Die hauptsächlichsten Spezialvorschriften, welche im Verlaufe unserer Arbeit Berücksichtigung finden werden, sind dem Eisenbahngesetz von 1872, der dazugehörigen «Verordnung zum BG über Bau und Betrieb von Eisenbahnen» vom 1. Februar 1875, sowie dem Stimmrechtsgesetz – welches letztere jedoch nur für Gesellschaften anwendbar ist, die Bahnen über 100 km Betriebslänge betreiben⁶⁷, entnommen. Von aktienrechtlichem Interesse sind auch einige wenige Normen des «Bundesgesetz über Bau und Betrieb der schweizerischen Nebenbahnen» vom 21. Dezember 1899 und die entsprechende Verordnung vom 19. März 1929⁶⁸.

Ein neues Eisenbahngesetz steht zur Zeit in Vorbereitung; der Entwurf vom Mai 1950 versucht, in einem einzigen Gesetz die über zehn selbständigen eisenbahnrechtlichen Erlasse zusammenzufassen und bringt teilweise Neuerungen, die unsere Aufmerksamkeit erheischen und deshalb in der vorliegenden Abhandlung nicht unberücksichtigt gelassen werden sollen.

G. Luftverkehrswesen

Gestützt auf außerordentliche Vollmachten war bereits 1920 ein Bundesbeschluß ergangen, welcher die Ordnung des Luftverkehrs in der Schweiz zum Gegenstand hatte. Dieser Erlaß enthielt Nationalitätsvorschriften für die Verwaltung von Luftverkehrsunternehmungen. Eigenartigerweise war die Erfüllung dieser Vorschriften aber nicht etwa Voraussetzung der *Geschäftsaufnahme*, sondern Voraussetzung der Erlangung einer *Verkehrsbewilligung* für die im Eigentum der Gesellschaft stehenden Flugapparate. Für die gewerbsmäßige Ausübung war zudem noch um eine Polizeibewilligung einzukommen, welche der Bundesrat als Aufsichtsbehörde zu erteilen hatte⁶⁹.

⁶⁶ Vergl. Anm. 41.

⁶⁷ Schweizerische Alpenbahn-Gesellschaft Bern–Lötschberg–Simplon; Rhätische Bahn; Tramways électriques de Genève. Vergl. *Oetiker*, I S. 490.

⁶⁸ Dem Nebenbahngesetz unterstehen alle zur Zeit existierenden Privatbahngesellschaften mit drei Ausnahmen: Bern–Lötschberg–Simplon (Berner Alpenbahngesell.), Bern–Neuenburgbahn und die Bodensee–Toggenburgbahn. Vergl. Jur. Kartothek, Karte 1044.

⁶⁹ Art. 8 Ziff. 3 und Art. 16 des betreff. BB.

1921 wurde vom Volke mit Art. 37^{ter} ein neuer Zusatz zur BV angenommen, welcher den Bund zur Gesetzgebung über die Luftschiffahrt kompetent erklärte. Damit war die verfassungsmäßige Grundlage für gesetzgeberische Tätigkeit des Bundes auf dem gesamten Gebiet der Luftfahrt geschaffen worden.

Man war schon während der Geltung des BB von 1920 von der Bewilligungserteilung zu eigentlichen Konzessionsverleihungen übergegangen⁷⁰. Das «Bundesgesetz über die Luftfahrt» vom 21. Dezember 1948, welches den Bundesbeschluß von 1920 zu ersetzen hatte, statuiert ein Luftverkehrsmonopol des Bundes. Gesellschaften, die den Betrieb eines Luftfahrtunternehmens bezwecken, haben um eine *Konzession* einzukommen. Eine vom 5. Juni 1950 datierende Verordnung zum Luftfahrtgesetz enthält die aktienrechtlichen Bedingungen, von deren Erfüllung die Erteilung der Konzession an eine Luftverkehrs-AG abhängt.

H. Unternehmen der Hochseeschiffahrt

Neuerdings erscheint als jüngstes Glied in der Familie der «AG m. bes. Char.» auch die Hochseeschiffahrts-AG. Ihre Entstehung ist erst nach Erlaß des «Bundesbeschluß über die Seeschiffahrt unter der Schweizerflagge» vom 9. April 1941 möglich geworden; dieser Vollmachtenbeschluß führte die Schweizerflagge zur See erst ein. Er war innert weniger Tage entstanden; die Regelung der Konzessionsverleihung an Schiffbesitzer war demnach recht kompliziert und ermangelte jedes rechts-logischen Aufbaus⁷¹. Die wichtigsten aktienrechtlichen Vorschriften des Bundesbeschlusses betrafen die Zusammensetzung der Gesellschaftsverwaltung, sowie Nationalität und Wohnsitz der Aktionäre.

Ein «Bundesgesetz über die Seeschiffahrt unter der Schweizerflagge» hat den erwähnten Vollmachtenbeschluß am 23. September 1953 abgelöst. Die hauptsächlichste Neuerung besteht darin, daß man vom Konzessionssystem abgegangen ist; das neue Bundesgesetz statuiert eine *Bewilligungspflicht*. Die Erteilung der Erlaubnis zur Führung der Schweizerflagge auf See wird zur Hauptsache von der Erfüllung gewisser Nationalitätsvorschriften abhängig gemacht.

⁷⁰ Vergl. dazu Botschaft des Bundesrates zum Luftfahrtgesetz-Entwurf, BBL 1945 I S. 344.

⁷¹ Über die besondere Natur dieser Konzession vergl. hinten S. 55.

II. Teil

Die Gründungsvoraussetzungen der AG
mit besonderem Charakter

1. Abschnitt

Der Verlauf der Gründung einer «AG m. bes. Char.»

Die Gründung einer juristischen Person setzt immer ein bestimmtes –, an gesetzliche Vorschriften gebundenes Verfahren voraus. Die zeitliche Folge der einzelnen Gründungshandlungen ist im Gesellschaftsrecht genau vorgeschrieben; nur wenn die Gründer die betreffenden Bestimmungen befolgen, kann die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen werden und damit als Rechtssubjekt ins Leben treten.

Die «AG m. bes. Char.» bildet nicht eine gesellschaftsrechtliche Form für sich. Sie ist nur eine Abart der handelsrechtlich umgrenzten und definierten Aktiengesellschaft. Sie untersteht folglich den Vorschriften des im OR enthaltenen Aktienrechts, welche – für die besonders gearteten AG – durch Normen des öffentlichen Rechts *ergänzt* werden¹.

Der Gründungsverlauf der «AG m. bes. Char.» hat somit demjenigen der gewöhnlichen AG zu entsprechen. Wenn die Gründung der Unternehmung zum Erfolg führen soll, muß sie die aktienrechtlich vorgeschriebenen Stadien durchlaufen: Vorbereitung – Statutenentwurf² Aktienzeichnung – konstituierende Generalversammlung und abschließend Eintragung ins Handelsregister,

Das Aktienrecht unterscheidet zwei verschiedene Gründungsverfahren: die *Sukzessivgründung* einerseits, die *Simultangründung* andererseits. Im allgemeinen überwiegen die letzteren stark. Zieht man aber die bisher erfolgten Gründungen von besonders gearteten AG in Berücksichtigung, so stellt man fest, daß die Verhältnisse anders sind³; die

¹ v. Steiger, Aktienrecht S. 2, nennt die öffentlich-rechtlichen Normen «ergänzendes Aktienrecht im weitesten Sinne».

² Zusätzlich ev. Prospekt und Gründerbericht.

³ Aufschlußreich ist das Bild, das sich von den im Jahre 1949 erfolgten Gründungen besonders gearteter Aktienunternehmen machen läßt. (In den letzten Jahren haben nur wenige Gründungen stattgefunden; entsprechende Verhältniszahlen lassen sich aus diesem Grunde für die neuere Zeit nicht geben.) In diesem Jahre fanden nach Angaben im «Statistischen Jahrbuch der Schweiz» 1949 und

Anzahl der Sukzessivgründungen dürfte gewöhnlich jener der Simultangründungen mindestens gleichkommen! Allem nach wird dies eine Folge davon sein, daß alle «AG m. bes. Char.» – bedingt durch die von ihnen ausgeübten Tätigkeiten – äußerst kapitalintensiv sind, so daß zum Aufbringen dieser Summen die breitere Öffentlichkeit begrüßt werden muß⁴. Die erhöhte Bedeutung, die dem Sukzessivgründungsverfahren anlässlich der Bildung von besonders gearteten Aktienunternehmen zukommt, läßt es angebracht erscheinen, bei den folgenden Betrachtungen über die besonderen Gründungsvoraussetzungen der «AG m. bes. Char.» auf das *Verfahren der Sukzessivgründung* abzustellen, um dann gegebenen Falles auf die Vereinfachungen, welche die Simultangründung mit sich bringt, zu verweisen.

Da auch die Gründung einer «AG m. bes. Char.» in ihrem zeitlichen Ablauf den Vorschriften des Aktienrechtes zu entsprechen hat, scheint es unumgänglich, den besonderen Gründungsvoraussetzungen dieser Unternehmen im Rahmen des *aktivrechtlichen Gründungsverlaufes* Beachtung zu schenken.

Die die AG betreffenden Normen der Spezialgesetzgebung, welche in unsere Darstellung miteinbezogen werden müssen, sind *zahlreich* und *verschiedenartig*. Verschiedenartig ist auch der Zeitpunkt und die Art und Weise ihrer Einwirkung auf den Gründungsverlauf.

Wir möchten eine *vergleichende* Darstellung der speziellen Gründungsvoraussetzungen der «AG m. bes. Char.» geben. Dies bedingt, daß wir eine minimale Gruppierung nach dem *Zeitpunkt* ihrer Einfluß-

Unterlagen aus dem «Monatsberichte der schweizerischen Nationalbank», Januar 1951, die folgenden Gründungen statt:

Elektrizitätswerksgesellschaften	1	Versicherungsgesellschaften	3
Bankgesellschaften	4	Transportgesellschaften	5

davon entstanden als Sukzessivgründungen:

Elektrizitätswerksgesellschaften	1	Versicherungsgesellschaften	3
Bankgesellschaften	3	Transportgesellschaften	3

Unter Elektrizitätswerksgesellschaften werden hier, wie im Rahmen unserer weiteren Betrachtungen, nur *Erzeugungsanlagen-AG*, d. h. AG für den Betrieb von Fluß- oder Hochdruckkraftwerken verstanden.

⁴ In neuerer Zeit – ganz besonders bei Gründung der fast risikofreien Elektrizitätswerk-AG – werden die Aktien vielfach durch Bankkonsortien gezeichnet und nach erfolgter Gründung an die Öffentlichkeit emittiert. Die Gesellschaft entsteht an sich als Simultangründung, obwohl dieses Verfahren in vielem der Sukzessivgründung entspricht, insbesondere bezüglich der bei der Aktienmission zu wahrenden Publizität! (Prospekt, Gründerbericht u. a.)

nahme im aktienrechtlichen Gründungsverlauf vornehmen; demnach sind zu unterscheiden:

1. *Voraussetzungen der formellen Konstitution*; hierunter fallen diejenigen Bestimmungen des öffentlichen Rechts, die die Gründer noch vor der konstituierenden Generalversammlung zu berücksichtigen haben;

2. *Voraussetzungen der Eintragung ins Handelsregister*; es sind diejenigen öffentlich-rechtlichen Bedingungen, die für den Bestand der AG als *Rechtssubjekt* wesentlich sind, und

3. *Voraussetzungen der Geschäftsaufnahme*; hier sollen alle weiteren, anlässlich der Gründung zu beachtenden außergewöhnlichen Bestimmungen zusammengefaßt werden.

Durch Darstellung in einem *besonderen Abschnitt* suchen wir der außerordentlichen Bedeutung gerecht zu werden, die der *Eintragung ins Handelsregister* und ihren Wirkungen zukommt.

2. Abschnitt

Die Voraussetzungen der formellen Konstituierung

§ 4 Die Konzessionserlangung

Die Konzession ist neben der Bewilligung derjenige Begriff, der das Recht der «AG m. bes. Char.» dominiert. Mit diesen beiden öffentlich-rechtlichen Verfügungen sanktioniert der Staat die erhöhte Bedeutung, die er gewissen, durch privatwirtschaftliche Unternehmen betriebenen Tätigkeiten zumißt. Mit Konzession und Bewilligung sind den Behörden primär die Mittel in die Hand gegeben, deren sie zur Lösung ihrer Aufgabe, die Öffentlichkeit vor Schaden durch unsolide Privatunternehmen zu schützen, bedarf. Denn auch ein kompaktes System von strengsten Normativbestimmungen taugt nicht, wenn die Behörden nicht dafür sorgen, daß die betreffenden Gesellschaften ihm auch nachkommen. Eine entsprechende Kontrolle erfolgt denn bereits im ersten Entwicklungsstadium der Gesellschaft und betrifft die AG als *Ganzes*. Sie wird einmal über die *Polizeierlaubnis* ausgeübt, welche nur erteilt wird, wenn festgestellt worden ist, daß das Unternehmen den Anforderungen des Gesetzes restlos entspricht. Aber auch mittels der *Konzession* kann die Behörde den gleichen Zweck erfüllen; sie droht diese zurückzuziehen,

sollte den Konzessionsbedingungen oder den gesetzlichen Vorschriften nicht nachgelebt werden.

Konzession und Bewilligung sind denn auch die Grundpfeiler im System unserer Abhandlung über die besonders gearteten Aktienunternehmen. Damit ergibt sich vorerst die Notwendigkeit, die rechtlichen Unterscheidungskriterien dieser beiden grundverschiedenen Verwaltungsakte festzulegen; dies um so mehr, als der Sprachgebrauch sowohl die echte Konzession, wie auch die Polizeibewilligung unter dem Ausdruck «Konzession» zusammenfaßt, und auch in der Literatur eine Unterscheidung selten konsequent durchgeführt wird¹.

I. Konzession und Bewilligung

Das Staatswesen kann Tätigkeiten unter Ausschluß jeder Privatkonkurrenz ausüben. Für die öffentliche Verwaltung besteht also ein Monopol. Zu unterscheiden ist das faktische Monopol vom rechtlichen. Das erstere besteht auf Grund von Momenten, die außerhalb des Monopolbetriebes selbst liegen², bei letzterem muß eine *Gesetzesnorm* dem Gemeinwesen eine bestimmte Tätigkeit vorbehalten; diese steht dann für den Privaten außerhalb der Gewerbefreiheit.

Die direkten *rechtlichen* Monopole des Bundes müssen in der Bundesverfassung verankert sein, und zwar durch positive Aufzählung, weil der Bund ja nur diejenigen Aufgaben übernehmen darf, die ihm *ausdrücklich* in der Verfassung übertragen sind³. Dies geschieht einerseits – was die Gesellschaften des Transportwesens betrifft – durch das Postregal in BV Art. 36, wo dem Bunde die gewerbsmäßige Personenbeförderung vorbehalten wird⁴. Alle öffentlich-rechtlichen Erlasse über den Betrieb von Transportanstalten⁵ stützen sich denn – mit Ausnahme der Eisenbahnen – auch auf diese verfassungsrechtliche Grundlage.

Andererseits kann aber die Verfassungsgrundlage für Bundesmonopole auch in der Kompetenz des Bundes zur ausschließlichen Gesetz-

¹ Vergl. z. B. *Siegwart*, Komm. V 5 a, S. 54: Versicherungs-A.-G.: «Zum Betrieb ist eine Konzession erforderlich», S. 47. Kreditkassen mit Wartezeit-A.-G.: «... daß sie einer Konzession bedürfen.»

² *Fleiner*, Institut, S. 318: z. B. hat ein solches Monopol eine städtische Gasfabrik, wenn die Gemeinde kraft ihres Verfügungsrechtes über Straßen und Plätze den Privaten die Erlaubnis verweigert, darin Leitungen zu legen.

³ *Giacometti*, Bundesstaatsr. S. 299.

⁴ Den Inhalt des Regals bestimmt gestützt auf BV Art. 36 das Postverkehrsgesetz vom 2. Oktober 1924 in Art. 1.

⁵ Autotransportunternehmen, Luftverkehr, Skilifte, Luftseilbahnen usw.

gebung auf einem bestimmten Tätigkeitsrayon erblickt werden⁶, denn die Redaktion dieser Bestimmungen « . . . dem Bund steht die Gesetzgebung über . . . zu » und ähnliches, bedeutet nicht nur allein die Kompetenz zur Aufstellung von Vorschriften in dieser Materie, sondern es bedeutet auch, daß dem Bund die Entscheidung zustehe, ob und in wie weit eine solche Tätigkeit Privat- oder Staatssache sein soll⁷. Man spricht in diesem Fall von indirekt-rechtlichem Monopol des Bundes.

Nicht aufgezählt sind in der Bundesverfassung die *kantonalen Regale*. Sie werden in BV Art. 31 Abs. 2 nur generell vorbehalten, stehen damit aber ebenfalls außerhalb der durch die Verfassung garantierten Gewerbefreiheit⁸. Das Bergregal bleibt somit den Kantonen erhalten und steht als rechtliches Monopol auf der gleichen Ebene wie die Bundesmonopole.

In anderem Lichte erscheinen die Rechte des Bundes im Eisenbahnwesen und diejenigen der Kantone auf dem Gebiet der Ausnützung von Wasserkraften. Es handelt sich hier um sogenannte *Konzessionshoheiten* von Bund und Kanton. Im Eisenbahnwesen steht dem Bund allein die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zu (BV Art. 23)⁹, es darf hier nicht von einem formellrechtlichen Monopol gesprochen werden¹⁰, wiewohl die Konzessionshoheit dem echten Monopol verwaltungsrechtlich gleichkommt.

Den Kantonen steht lediglich die *Verfügungshoheit* über ihre öffentlichen Gewässer zu. Diese ist in ZGB 664 niedergelegt und wird in BV Art. 24^{bis} ausdrücklich anerkannt. Die Nutzbarmachung der Gewässer zum Zwecke der Produktion von elektrischer Energie und deren Abgabe in Erwerbsabsicht, steht nach wie vor unter der Gewerbefreiheit; auch hier besteht also kein rechtliches Monopol, sondern lediglich eine kantonale Konzessionshoheit, als Ausfluß der Verfügungsberechtigung der Kantone über ihre öffentlichen Gewässer¹¹.

So verschieden die Ursachen des Konzessionszwanges sind, so gleich

⁶ Vergl. BV 24ter, 26, 37ter.

⁷ Burckhardt, S. 323.

⁸ Vor 1947 war das kantonale Salzregal noch namentlich erwähnt. Trotzdem galten auch die «historischen» Regale (Fischerei – Jagd) und vor allem das Bergregal als von der BV stillschweigend vorbehalten.

⁹ Das Eisenbahnwesen wurde von alters her getrennt vom Postwesen behandelt, steht also nicht unter dem Transportmonopol des Bundes aus BV 36.

¹⁰ Anderer Ansicht: Wettstein, S. 36.

¹¹ Bei Wasserrechtskonzessionen handelt es sich verwaltungsrechtlich gesehen um Sondernutzungskonzession an öffentlicher Sache.

stellt sich die Konzession für alle aufgezeigten Fälle in ihrer *rechtlichen Bedeutung* dar; sie läßt sich damit auf Grund eindeutiger Kriterien von der Polizeierlaubnis unterscheiden.

Die Konzession beruht nach heutiger Auffassung¹² auf einem einseitigen staatlichen Hoheitsakt, einer Verfügung. Sie ist insofern *rechtsbegründender* Staatsakt, als sie dem Konzessionär ein Recht auf Einrichtung und Betrieb eines bestimmten Unternehmens gibt; – ein Recht, welches für den Privaten nicht ohne weiteres schon in der Gewerbe-freiheit enthalten ist. Damit ist die Konzession im allgemeinen in das Ermessen der Behörde gestellt; sie kann nach Opportunitätsgründen erteilt werden und besteht an sich ohne engere Bindung zum jeweiligen Beliebenen.

Seiner Schutzpflicht kann das Staatswesen aber auch über das Polizeirecht nachleben und auf diese Weise im Interesse der Öffentlichkeit den Gefahren wehren, die die besondere Stellung der «AG m. bes. Char». in der Volkswirtschaft mit sich bringt; ja hier im Polizeirecht überwiegt der Schutzgedanke im Gegensatz zur Konzessionsverleihung, wo der Machtverleihungsgedanke primär ist. Zwei Wege stehen der Behörde dabei offen: sie wird entweder für die Ausübung bestimmter Gewerbe strenge Normativbestimmungen aufstellen und bei Nichtbefolgung von Amtes wegen Sanktionen eintreten lassen (Verwaltungszwang – Verwaltungsstrafe)¹³. Oder sie führt den Bewilligungszwang ein, d. h. sie erläßt ein Verbot, eine gewisse Tätigkeit ohne spezielle Erlaubnis zu beginnen¹⁴. Über eine Kombination dieser zwei Möglichkeiten wird sie sich eventuell die Vorteile des einen wie des anderen Weges zu Nutze machen, um eine größtmögliche Anpassung des Aufsichtssystems an die verschiedenen Bedürfnisse von Staat und Privatwirtschaft zu erreichen.

Entspricht die beabsichtigte Tätigkeit den Anforderungen des Gesetzes, so *muß* die Bewilligung erteilt werden. Die Erteilung der Polizeierlaubnis hängt damit prinzipiell nicht vom freien Willen der Be-

¹² D. h. nach der heute allgemein zur Geltung gekommenen sogen. «publizistischen Theorie» als deren namhaftester Vertreter *Fleiner* gilt. Institut S. 322. Da sich der Bund jedoch in seiner Praxis nicht immer an diese Theorie hält, werden wir später auch die älteren Lehren anführen müssen. Vergl. hinten S. 54 f.

¹³ Die Grundlagen für dieses Vorgehen werden dabei für die Bundesbehörden meistens mit einem «Aufsichtsrecht» durch die BV statuiert, z. B. BV Art. 24, 24bis, 37.

¹⁴ Nach *Fleiner*, Institut S. 377 hat *Otto Mayer* die entsprechende Bezeichnung «Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt» eingebracht.

hörde ab. Sie begründet auch kein neues subjektives Recht wie die echte Konzession, denn die beabsichtigte Tätigkeit steht nicht außerhalb der Gewerbefreiheit. Die Polizeierlaubnis wird in einem konkreten Fall erteilt und bezieht sich nur auf den betreffenden Petenten. Durch diese enge Bindung an eine physische Person oder ein bestimmtes Unternehmen besteht, im Unterschied zur Verleihung, auch nicht die Möglichkeit, eine einmal erteilte Bewilligung zu übertragen oder sie zum Objekt eines Rechtsgeschäftes zu machen¹⁵.

Mit diesen rechtlichen Verschiedenheiten von Konzession und Bewilligung erklärt sich auch die unterschiedliche Stellung dieser beiden hoheitlichen Verfügungen im *zeitlichen* Gründungsverlauf der «AG m. bes. Char.» Weil die Konzession an sich unabhängig von Organisation oder Existenz einer bestimmten Gesellschaft erteilt werden kann, ganz besonders aber, weil ihre Erteilung und Ausgestaltung in das Ermessen der Behörde gestellt ist, soll sie *vor* Konstitution einer AG, d. h. im *Vorgründungsstadium* beschafft werden¹⁶.

Die Bewilligung andererseits ist, wie wir gesehen haben, an ein ganz bestimmtes Unternehmen gebunden. Sie *muß* erteilt werden, wenn keines der im Gesetz bezeichneten Hindernisse vorliegt¹⁷, sie kann damit aber auch nur erteilt werden, wenn das *bestehende* Unternehmen nach den im Gesetz genannten Gesichtspunkten überprüft werden konnte. Die betreffende Gesellschaft muß also zum mindesten *konstituiert* sein, bevor ihr eine Polizeierlaubnis zur Ausübung der verbotenen Tätigkeit erteilt werden kann.

II. Die Rechtsnatur der Konzession

Weder Gesetzgeber noch Judikatur sprachen der Konzession stets dieselbe Rechtsnatur zu. Die Rechtswirkungen waren auch oft innerhalb der von *Sillig*¹⁸ unterschiedenen drei Konzessionsgruppen nicht

¹⁵ Bergwerkskonzessionen sind als typische Industriekonzessionen oft Gegenstand eines Kaufs. Vergl. BGE 63 II S. 296.

¹⁶ Schon hier sei auf die Ausnahmestellung der Luftverkehrskonzession hingewiesen. Diese kann nicht zu Händen einer zu gründenden Gesellschaft erteilt werden, sondern wird – ähnlich der Bewilligung – erst nach Konstituierung der Gesellschaft verliehen. Näheres vergl. hinten S. 58 f.

¹⁷ *Fleiner*, S. 381.

¹⁸ *J. Sillig*, S. 23 ff. unterscheidet:

1. Konzessionen für die Ausübung öffentlicher Dienste,
2. » für Sondernutzung an öffentlichen Sachen,
3. » für Industriemonopole des Staates.

einheitlich, was im bunten Katalog von verschiedenartigsten Konzessionsbestimmungen und Nebenaufgaben zum Ausdruck kommt.

Bei der Gestaltung des Verleihungsinhaltes ließen die Behörden sich bisher von vier verschiedenen Lehren über die Rechtsnatur der Konzession leiten, deren grundsätzliche Gedanken wir *Staebli*s Arbeit «Die Eisenbahnkonzession nach schweizerischem Recht» entnehmen¹⁹.

Die *Vertragstheorie* hat heute keine praktische Bedeutung mehr, und wir erwähnen sie nur der Vollständigkeit dieses Exkurses halber²⁰. Von ihren Vertretern wurde angenommen, daß mit der Konzessionserteilung – zwischen Staat und Beliehenem als gleichwertige Vertragspartner – ein synallagmatischer Vertrag zustande gekommen sei, der sowohl in seinen Bestandteilen, wie in seinen Auswirkungen der Privatrechtslehre untersteht. Demnach stand dem Staat auch kein Recht zu, die einmal erteilte Konzession einseitig rückgängig zu machen oder abzuändern. Nachträgliche Gesetzesänderungen bleiben nach ihr für den Beliehenen unverbindlich.

Erhöhte praktische Bedeutung hat heute noch die *Hoheitstheorie*, auf die sich der Bund besonders unter den Auspizien des Vollmachtenregimes berief²¹. Diese sieht in der Konzessionsverleihung einen öffentlich-rechtlichen, staatshoheitlichen Akt, der aber für den Beliehenen keine subjektiven Rechte begründet. Der Staat ist demnach berechtigt, die einmal erteilte Konzession ohne Entschädigungspflicht zurückzuziehen oder abzuändern, frei nach seinem Ermessen. Die Hoheitstheorie scheint dem, noch bis vor kurzem gültigen «Bundesratsbeschluß über die Seeschifffahrt unter Schweizerflagge», vom 9. April 1941²², – welcher das Recht der unter Schweizerflagge fahrenden Hochseeschiffe und damit auch das Recht der als AG aufgezogenen Hochseeschiffahrtsunternehmen vor Inkrafttreten des neuen Seeschiffahrtsgesetzes regelte, Pate gestanden zu sein²³.

¹⁹ *Staebli*, S. 60 ff.

²⁰ Aktuell war die Vertragstheorie bei Erteilung der Eisenbahnkonzessionen im letzten Jahrhundert. Vertreten wurde sie in einem Rechtsgutachten von Prof. J. Rüttimann, Zürich, ebenfalls zeitweise im Ständerat: vergl. BBl 1883 III S. 322 und BBl 1885 I S. 37.

²¹ Der Bund berief sich allerdings schon früher, bereits im Entwurf zum EG 1872 auf sie; vergl. Botschaft in BBl. 1871 II S. 655 ff.

²² Ber. Sammlung 7 S. 502. Der BRB stützt sich auf Art. 3 des Vollmachtenbeschlusses vom 30. Aug. 1939.

²³ Vergl. näheres hinten, S. 58.

Die sogenannte *Media sententia* bestreitet nicht, daß die Konzession als öffentlich-rechtlicher Akt der Staatsbehörden aufgefaßt werden müsse, glaubt aber, daß die daraus entstehenden festen subjektiven Rechte rein privatrechtlicher Natur sind. Vor allem um die Jahrhundertwende vertreten, soll sie nach Staebelin²⁴ aber auch heute noch nicht ganz verdrängt worden sein. Vom Bundesgericht wurde sie in mehreren Entscheiden angewandt²⁵.

Zu größter Bedeutung ist heute die *publizistische* Theorie gelangt²⁶, bei Konzessionserteilungen für die Ausübung öffentlicher Dienste herrscht sie vor. Die aus dem Verwaltungsakt der Verleihung hervorgehenden Rechte sind nicht privatrechtlicher Natur, sondern subjektive öffentliche Rechte²⁷. Der Staat übt ein Stück öffentliche Verwaltung aus. Die Konzession begründet darum für ihn nicht nur das Recht, sondern auch die *Pflicht* zum Betriebe des Unternehmens²⁸. Aus diesem Grundsatz ergibt sich für den Beliehenen auch die Berechtigung zu selbständiger Polizeigewalt in dem durch Gesetz vorgeschriebenen Rahmen (Bahnpolizei, Anstaltspolizei); für den Verleiher andererseits besteht das Recht, durch allgemeine Aufsicht und besondere Auflagen den Konzessionär zu staatsstreuer Tätigkeit anzuhalten.

Der Konzessionsgeber darf damit bei Vorliegen wichtiger Gründe die erteilte Verleihung zurückziehen oder abändern. Der Rechtsanspruch des betroffenen Konzessionärs auf Schadloshaltung beruht dabei auf dem allgemeinen Billigkeitsgrundsatz der öffentlich-rechtlichen Entschädigung²⁹.

²⁴ Staebelin, S. 81.

²⁵ Eisenbahnrecht: BGE 8 S. 359, BGE 12, S. 719, BGE 24 II S. 642, BGE 26 II S. 862, BGE 31 I 260, BGE 34 II S. 132, BGE 38 II 737. Wasserrecht: BGE 7 S. 583, BGE 18 S. 132, BGE 31 II S. 859, BGE 43 II S. 721.

²⁶ Entwickelt von Otto Mayer (Deutsches Verwaltungsrecht, II S. 243), vertreten von Fleiner, Institut, S. 186, 346, Giacometti, Bundesstaatsr.

²⁷ Nach Giacometti, «Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes», Zürich 1933, S. 60 ff. gibt es keine subjektive öffentliche Rechte! Es handle sich bei diesen um Reflexwirkungen des objektiven Rechts.

²⁸ Auf die sogen. Industriekonzession für Bergwerksunternehmen ist diese Theorie jedoch nur sehr beschränkt anwendbar, da die verliehenen Rechte privatrechtlichen Charakter aufweisen.

²⁹ Über die Entschädigungspflicht des Staates vergl. Fleiner, Institut, S. 18. Der Staat ist nicht nur entschädigungspflichtig, wenn es das Gesetz bestimmt, sondern unter Umständen auch ohne entsprechende Vorschrift. Fleiner, Institut, S. 303.

III. Die Konzessionserlangung vor der Konstituierung

A. Gründe im Wesen der Konzession

Im *Wesen* der Konzession liegt ein erster Grund für deren dominierende Stellung als Gründungsvoraussetzung. Wir haben im vorhergehenden Kapitel feststellen können, daß sich die Konzession im Unterschied zur Polizeierlaubnis an sich nicht auf ein bestehendes Unternehmen beziehen muß und im Prinzip übertragen werden kann. Sie erscheint als einseitiger Verwaltungsakt, auf den kein Rechtsanspruch besteht. Ihre Erteilung oder Nichterteilung ist, wie wir weiter festgestellt haben, praktisch ganz in das Ermessen der Behörde gestellt.

Die Gründung bis zur Konstituierung einer AG verursacht den Initianten aber bereits Kosten, dies ganz besonders im Falle einer Sukzessivgründung, wo frühzeitig größere Mittel für Betriebsstudien, den Druck von Prospekten, Gründerbericht und Zeichnungsscheinen aufgebracht werden müssen. Man wird diese Ausgaben nicht auf das Risiko hin machen wollen, durch Verweigerung der Konzession, zu deren Erteilung die Behörde ja keinesfalls verpflichtet ist, den Erfolg der angestrebten Gründung dahinfallen zu sehen. Man wird demnach alles daran setzen, schon vor Anhandnahme der ersten Gründungsvorbereitungen die Konzession zugesichert zu erhalten.

B. Gesetztechnische Gründe

Ein erstes aktienrechtlich vorgeschriebenes Erfordernis bei der AG-Gründung ist die Aufstellung des Statutenentwurfes³⁰, welcher nach Beratung und Beschlußfassung in der konstituierenden Generalversammlung³¹ zum Grundgesetz der Unternehmung wird. Nachträgliche Statutenänderungen bedürfen eines umständlichen, gesetzlich vorgeschriebenen Verfahrens³². Man wird deshalb darauf Bedacht nehmen müssen, alle mit der Konzessionserteilung im Zusammenhang stehenden Regelungen schon im Statutenentwurf zu treffen; mit anderen Worten sind also die Bestimmungen des Statutenentwurfes und damit diejenigen der Statuten selbst direkt abhängig von Bedingungen und Auflagen der *erteilten Konzession*!

³⁰ OR 629 Abs. 2; evtl. ist zusätzlich ein Gründerbericht und, falls die Aktien öffentlich zur Zeichnung angeboten werden, der Prospekt aufzusetzen, welche ihrerseits in inhaltlichem Abhängigkeitsverhältnis zum Statutenentwurf stehen.

³¹ Oder nach Unterzeichnung der öffentlichen Urkunde bei Simultangründung. OR 638.

³² Vergl. OR 647/9.

Nach ausdrücklicher Vorschrift des EBG von 1872, Art. 8, ist der statutarische Sitz der Eisenbahn-AG in der Konzession zu bestimmen. Ebenso wird nach den kantonalen Erlassen, welche in Anwendung von Art. 60 des BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte die Verleihung ordnen, der Gesellschaftssitz vom Konzedent in der Konzessionsurkunde festgelegt³³.

OR 762 ermöglicht dem Verleiher, die Konzessionserteilung von der statutarischen Festlegung seiner Vertretungsrechte in den Gesellschaftsorganen abhängig zu machen³⁴. Soweit das verleihende Staatswesen dazu ermächtigt ist, kann es die Konzession von weiteren Bedingungen abhängig machen, welche – sofern sie nach aktienrechtlichen Grundsätzen zum Statuteninhalt gehören – schon bei der Aufstellung des Statutenentwurfes berücksichtigt werden müssen.

Außergewöhnliche Verhältnisse entstehen durch die spezialgesetzlichen Vorschriften über die Verleihung von Luftverkehrskonzessionen, und sie bestanden auch unter dem Regime des «BRB über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge» von 1941 für die Verleihung des Flaggenrechtes an die im Besitze von Schweizerfirmen befindlichen Schiffe. Diese beiden Konzessionen setzen den *Rechtsbestand* der betreffenden AG voraus und können damit – entgegen der sich einerseits aus dem Aktienrecht –, andererseits aus dem Wesen der Konzession ergebenden Notwendigkeit frühzeitiger Erlangung – *nicht* bereits im Gründungs- oder Vorgründungsstadium erteilt werden³⁵.

Die «unlautere» Regelung der Konzessionspflicht nach dem nun außer Kraft gesetzten BB über die Seeschifffahrt ist insofern entschuldigbar, als der betreffende Notrechtsbeschluß – infolge überraschend einsetzender Zufuhrschwierigkeiten für Überseegüter – innert kürzester Frist unter Dach gebracht werden mußte und damit keine Zeit für rechtsdogmatische Erörterungen zur Verfügung stand. Das Seeschiffahrtsgesetz, welches diesen Beschluß ersetzt hat, beruht nun auf dem System der Bewilligungspflicht; wir werden dennoch seinerzeit auf die Probleme verweisen, die die Ordnung des Notrechterlasses für die Gründer von Seeschiffahrts-AG brachte, denn sie liegen nicht so weit

³³ Daran muß ja das verleihende Gemeinwesen sowohl aus steuerrechtlichen als auch aufsichtstechnischen Gründen ein eminentes Interesse haben.

³⁴ Eine gleichartige Ermächtigung enthält das WRG Art. 55.

³⁵ Was die betreffenden Konzessionen – trotz ihrer eindeutigen rechtlichen Natur, vergl. vorne S. 47: 56 – im Wesen der Polizeierlaubnis ähnlich macht!

in der Vergangenheit, daß sie im Rahmen unserer Darstellung nicht mehr zu interessieren vermöchten.

Heute noch aktuell ist die sonderbare Ordnung des Luftfahrtgesetzes³⁶. Warum hier eine Regelung getroffen wurde, die weder den Bedürfnissen der Privatwirtschaft entspricht noch Sinn und Wesen der Konzession berücksichtigt, ließ sich nicht eruieren. Man darf aber annehmen, daß nicht zuletzt auch staatspolitische Momente mitgespielt haben. Zur Zeit des Entwurfes hatte der Bund der schweizerischen Luftverkehrs-AG «Swissair» schon namhafte Unterstützung zugesagt. Dieses Unternehmen betreibt heute sämtlichen verkehrspolitisch interessanten Luftverkehrsverbindungen mit dem Ausland. Es muß darum im Interesse des Staates liegen, daß diese Gesellschaft, die er im Allgemeininteresse aufbauen und erhalten half, vor der Tätigkeit privatwirtschaftlicher Konkurrenzunternehmen geschützt bleibt. Man mag annehmen, daß Dritte durch das Risiko, bei Nichterteilung einer Konzession alle Gründungsauslagen zu verlieren, von Gründungsabsichten ferngehalten werden sollen und darum in diesem Sinne legiferiert wurde.³⁷

C, Gründe in den Beziehungen von Staat zu Privatunternehmen

Wenn wir im weiteren Verlauf unserer Abhandlung die einzelnen Konzessionsbestimmungen und Nebenaufgaben in richtigem Lichte erscheinen lassen möchten, ist es notwendig, hier noch einige grundsätzliche Fragen der Beziehungen von Staat zu Privatunternehmen abzuklären; denn auch sie üben einen direkten Einfluß auf die Stellung der Konzession im Gründungsverlauf der «AG m. bes. Char.» aus. Der geschichtliche Rückblick hat uns gezeigt³⁸, daß die «AG m. bes. Char.» als Produkt des *Sozialstaates* angesprochen werden muß. Ihre Entstehung ging parallel mit der zunehmenden Sozialisierung. Die Förderung der Wohlfahrt seiner Bürger ließ den Staat ganz besonders in Friedens-

³⁶ Die VVO zum Luftfahrtgesetz nennt in Art. 138 als Voraussetzung einer Konzessionserteilung den Nachweis des schweizerischen Charakters des Gesellschaftskapitals. Nach Art. 142 sind dem Konzessionsgesuch die Statuten beizulegen; ja es ist sogar der Nachweis über die erfolgte Eintragung der AG im Handelsregister zu erbringen.

³⁷ Nach VVO Art. 142 ist ferner im Verleihungsgesuch von der Gesellschaft der Nachweis wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu erbringen. Mit entsprechender Handhabe dieser Vorschrift kann der Bund Neugründungen einen letzten Riegel schieben!

³⁸ Vergl. vorne S. 31 ff.

zeiten, in denen die Aufmerksamkeit seiner Organe nicht durch die Ereignisse außerhalb unserer Grenzen voll in Anspruch genommen wurde, zum Zuge kommen. In diesem Bestreben lag es vor allem, mittels entsprechender gesetzgeberischer Führung die Befriedigung lebenswichtiger Bedürfnisse der Allgemeinheit zu erreichen; mit anderen Worten heißt das, daß sowohl Angebot und Produktion wichtiger Güter oder Leistungen nicht mehr uneingeschränkt den Geschäftsinteressen des privaten Unternehmertums überlassen werden durften.

Wir konnten bereits auch feststellen, daß für das Gemeinwesen nicht nur der Weg über die Polizeibewilligung und ausgedehnte Legiferierung offensteht, um der erwähnten Aufgabe nachzukommen. Die *Konzessionshoheit an sich* läßt ihr freie Hand, im konkreten Fall ihren Sozialisierungsbestrebungen zu entsprechen. Im «Ermessen» – soweit es sich im gesetzlichen Rahmen hält³⁹ – liegt das Mittel dazu. Hat die Behörde grundsätzlich die Absicht, eine Konzession zu erteilen und eine bestimmte Tätigkeit einem Privatunternehmen zu überlassen, so wird die Anzahl und Ausgestaltung der mit der Konzession verbundenen Nebenaufgaben, – d. h. das Maß des staatlichen Einflusses über Aufsichts- und Kontrollrecht auf die Geschäftspolitik des Unternehmens – vom Wert abhängen, den die konzessionierte Tätigkeit nach Ansicht der Behörde für die Allgemeinheit hat.

Sowohl bei Eisenbahn- als auch bei Elektrizitätswerkunternehmungen stehen volkswirtschaftlich enorm wertvolle Güter und Leistungen im Spiel. Mit der Konzessionierung erhalten die auf diesen Gebieten tätigen Gesellschaften eine gewisse Monopolstellung; der Staat wird das einmal bestehende, und nach seinen Wünschen arbeitende Unternehmen vor direkter Konkurrenz schützen^{40, 41}, verlangt aber dafür, daß die aus dieser Vorzugsstellung resultierenden Gewinne wenigstens teilweise auch der Öffentlichkeit zukommen. Die *Auflagen* werden in diesem Falle in der Verleihung das Übergewicht aufweisen.

³⁹ Der etwa durch VVO zum EBG, Art. 3 oder WRG Art. 39 und Art. 41 umgrenzt wird.

⁴⁰ Eine direkte Bestimmung dieser Art enthält der Vorentwurf zum neuen Eisenbahnges. vom Mai 1952: Art. 7 Abs. 2 «Eine Konzession wird nur erteilt, wenn bestehende öffentliche Transportanstalten nicht erheblich benachteiligt werden.»

⁴¹ Im gleichen Bestreben erfolgten die verschiedenen Versuche zur Einführung von Autotransportordnungen, welche teilweise die Konkurrenzierung der Bahnen ausschalten sollten.

Ein Privatunternehmen kann aber auch Aufgaben übernehmen, die das öffentliche Gemeinwesen *selbst* übernehmen müßte. Die Konzessionsbehörde wird hier dem Petenten die größtmögliche Unterstützung angedeihen lassen – etwa durch Beiträge a fonds perdu, Steuererleichterungen, Deckung des Betriebsausfalles usw. – das Bild der Konzessionsbestimmungen wird sich demnach *zugunsten* der Privatunternehmung verändern.

Erteilt der Staat schließlich eine Konzession aus seinem *Industriemonopol* – wie bei Bergwerken, – so werden die Konzessionsbedingungen sich darauf beschränken, den Umfang der konzessionierten Tätigkeit, den Zeitpunkt der Rückkehr an die öffentliche Hand und die Gefährdung von Drittpersonen durch den Betrieb aufzustellen; hier stehen ja für den Monopolträger hauptsächlich fiskalische Interessen im Spiel. Seine Pflicht, dem Privatunternehmen als Hüter des öffentlichen Interesses entgegenzutreten, tritt in den Hintergrund⁴².

Es muß darauf verzichtet werden, an dieser Stelle die vielgestaltigen Bedingungen, die als Ausfluß des behördlichen Ermessens an die Konzessionen geknüpft werden, im Einzelnen aufzuzählen. Die wichtigsten dieser Bestimmungen werden wir im Kapitel «Erteilung von Konzession und Bewilligung» kennenlernen. Die hier erfolgten Erläuterungen sollten vor allem zeigen, wie vielseitig die Interessen von Staat und Privatunternehmen bei den dem Konzessionszwang unterworfenen Tätigkeiten ineinandergreifen, und wie stark Anzahl und nähere Ausgestaltung der in der Verleihung enthaltenen Rechte und Pflichten des Konzessionärs aus dieser Interessensphäre heraus beeinflußt werden können. Und nicht zuletzt erhielten wir damit auch einen Überblick über die Vielzahl der außerhalb des eigentlichen Gründungsverlaufes liegenden Komponenten, welche die Gründungsinteressenten einer «AG m. bes. Char.» zu berücksichtigen haben, schon *bevor* sie irgendwelche Gründungshandlungen aufnehmen.

⁴² Durch die, in verschiedenen Kantonen erteilten Erdölkonzessionen (nach Angaben der SHZ Nr. 46 vom 13. Nov. 1952 sind solche bereits in Luzern, Freiburg, Zug, Neuenburg und Waadt erteilt worden), ist das öffentliche Interesse auch hier zu plötzlicher Bedeutung gelangt, nachdem der Bund in der Erteilung durch die Kantone eine Gefährdung der Unabhängigkeit und Sicherheit des Landes gewahrt wird. Man glaubt sich denn berechtigt, gestützt auf BV Art. 85/6 und 102/9 – ohne vorherige Verfassungsrevision – die Kantone in ihren Regalrechten auf dem Gebiete des Bergbaus einschränken zu können und postuliert eine Mitwirkung des Bundes bei den Verleihungen. Vergl. NZZ vom 5. Nov. 1952, «Ein schweizerisches Erdölproblem».

IV. Konzessionserlangung und entstehende AG

Da die Konzession bereits vor der Konstitution der betreffenden Aktienunternehmung erlangt werden⁴³ wird und von den Gründern der entstandenen Gesellschaft zugehalten werden muß, ergeben sich einige Unklarheiten über die Rechtsbeziehungen zwischen Konzessionär und Konzession einerseits und zwischen Gründer und Gesellschaft andererseits. Wir möchten diese Verhältnisse in kurzen Zügen zu klären versuchen.

Der Gründung einer Aktienunternehmung werden im allgemeinen unverbindliche Besprechungen der Interessenten über die durch die Gesellschaft zu erreichenden Ziele vorausgehen. Eine Erläuterung der wirtschaftlichen Aussichten des Unternehmens und seiner organisatorischen Ausgestaltung wird dabei alle bisher beschriebenen, gründungspolitischen Überlegungen miteinbeziehen. Die erste Vorgründungsperiode wird mit individualrechtlichen Verträgen abschließen und die Gründer zu einer *einfachen Gesellschaft* zusammenbringen.

Das Konzessionsgesuch wird darnach von diesem Gründerkonsortium *zuhanden der zu gründenden AG* eingereicht werden. Es bleibt immerhin die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß sich bereits ein Initiativkomitee – bevor irgendwelche Abmachungen über die Gründung selbst getroffen werden – um die Konzession bemüht⁴⁴.

Sollte die Konzession nicht erlangt werden können, so kann auch die Gesellschaft nicht verwirklicht werden. Damit erlischt die durch den Gründungsvertrag kreierte Gebundenheit der Gründer⁴⁵, und die durch sie gebildete einfache Gesellschaft ist wegen *Unerreichbarkeit des Zweckes* als aufgelöst zu betrachten.

Wird die Konzession zuhanden der zu gründenden Gesellschaft erteilt, so bedarf ihre nachträgliche Übertragung an die entstandene AG nicht mehr der Genehmigung durch die Konzessionsbehörde. Es liegt ja schon im jeweiligen Vorbehalt der innert Frist vorzulegenden Statuten

⁴³ Nicht aber bei Gründung einer Luftverkehrs-AG, vergl. II B.

⁴⁴ Nicht selten wird eine Konzession auch durch eine Einzelperson auf eigenen Namen nachgesucht und dann, laut den vertraglichen Verpflichtungen, in die zu bildende AG. eingebracht. Vergl. für Eisenbahnkonz. z. B. AS 8 S. 316 und S. 92. In diesem Falle ist jedoch ein Übertragungsverfahren unter Mitwirkung der Behörden notwendig, – und damit diese Art der Konzessionserlangung außerordentlich kompliziert.

⁴⁵ Betr. Bahnkonzession, vergl. *Silbernagel*, S. 118.

oder Finanzausweise in genügender Weise die Anerkennung der Gesellschaft als Rechtsnachfolgerin der Petenten^{46, 47}. Der weitere Verlauf der Gründung spielt sich nach vollzogener Verleihung nach Aktienrecht ab, unter Vorbehalt der für die betreffende Gesellschaft geltenden gewerbepolizeilichen Vorschriften und unter Berücksichtigung der durch die Konzession festgesetzten besonderen Auflagen. Die Gründung wird also im allgemeinen in bezug auf die Zusammensetzung der Gesellschaftsmitglieder und Organisation zu demjenigen Unternehmen führen, das die Gründer schon vor der Konzessionserlangung im Auge hatten.

Mit Beginn der Konzessionsverhandlungen kann die Gesellschaftsgründung aber auch in ganz unvorhergesehene Bahnen gelenkt werden, indem statt dem geplanten Unternehmen der Privatwirtschaft ein *gemischtwirtschaftliches* Unternehmen durch direkte Beteiligung des konzедierenden Staatswesens aus der Taufe gehoben wird. Die Notwendigkeit nachträglicher Änderung in der Gründerzusammensetzung geben sich in praxi vor allem bei Elektrizitätswerkunternehmungen, welche zur Betriebsaufnahme einer Wasserrechtskonzession bedürfen. Denn unter Umständen begnügt sich das Gemeinwesen nicht damit, die Verleihung nur von seiner Vertretung im Verwaltungsrat abhängig zu machen, oder sich eventuell in privatrechtlichen Kontraktverhältnissen – im Rahmen des aktienrechtlich zulässigen⁴⁸ – weitere Rechte einräumen zu lassen. Es kann sich vielmehr direkteren Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft dadurch sichern – und nicht zuletzt seine über Wasserzins und Konzessionsgebühren hinausgehenden fiskalischen Interessen dadurch wahren – daß es seine bis zu einem bestimmten Teil des autorisierten Grundkapitals gehende Mitbeteiligung als *Aktionär* einer Konzessionserteilung zur Voraussetzung macht⁴⁹. Das heißt, daß bei Simultangründung ein neuer Gründungsvertrag zustande kommen muß, welcher das betreffende Gemeinwesen als Mit-

⁴⁶ BBl 1884 IV S. 639.

⁴⁷ Statutengenehmigung unter Frist: EG 1872, Art. 7; Finanznachweis unter Frist: WRG Art. 65 lit. a.

⁴⁸ Vergl. vorne, S. 19.

⁴⁹ Nach *Jüngling*, S. 115 und S. 295 waren die Kraftwerk-AG Ryburg-Schwörstadt in Rheinfelden und die Aarewerke-AG in Brugg anfänglich als rein privatwirtschaftliche Gründungen vorgesehen; die Konzessionserteilung wurde in beiden Fällen von der Umwandlung in eine gemischtwirtschaftliche Unternehmung abhängig gemacht.

gründer und Mitglied der zukünftigen AG voll berücksichtigt⁵⁰, ⁵¹. Es kann aber auch die Kapitalbeschaffung den Gründern unvorhergesehene Schwierigkeiten bringen; sie werden in diesem Fall aus eigenem Willen nachträglich ein Gemeinwesen zur Mitwirkung als Aktionär zu gewinnen suchen, um dadurch in der Öffentlichkeit besseren Kredit zu haben⁵².

Bei der Mitwirkung eines Gemeinwesens wird der Gründungsvertrag seinem Inhalt nach über das gewohnte Maß hinausgehen. Dem Gemeinwesen wird z. B. daran liegen, daß es für die ganze Dauer des Unternehmens denselben Mitbeteiligten gegenübersteht, oder daß Aktien nur unter ganz bestimmten Bedingungen verkauft werden dürfen. Es wird auch weitere Regelungen, wie eventuelle Steuerprivilege, – über seine Anteile an der Produktion, – über die Finanzierung zukünftiger Bauprojekte usw. bereits im *Gründungsvertrag* festlegen wollen. Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in privatrechtlicher Form werden sich besondere Verhältnisse dadurch geben, daß der so ausgestaltete Gründungsvertrag nicht in den späteren Statuten aufgeht, sondern *neben* der Gesellschaftssatzung weiterbestehen kann⁵³.

§ 5 Das Aktienkapital

I. Die Höhe des Grundkapitals

A. Nach wirtschaftlichen Erfordernissen

Mit dem Vorbehalt des Art. 621 OR, welcher für Aktienunternehmen ein Mindestkapital von fünfzigtausend Schweizerfranken vorschreibt,

⁵⁰ Im Falle einer Sukzessivgründung wird die Gründergesellschaft dem Gemeinwesen ein vertragliches Optionsrecht auf Beteiligung bis zu einem bestimmten Kapitalanteil einräumen.

⁵¹ In der Regel dürfte sich aber das Gemeinwesen so frühzeitig in die Vorverhandlungen einschalten oder beigezogen werden, daß solche Komplikationen nicht zu befürchten sind.

⁵² Der gleiche Erfolg kann dadurch erreicht werden, daß das Gemeinwesen die vom Unternehmen aufgenommenen Anleihen verbürgt.

⁵³ Soweit es sich dabei um Abmachungen handelt, die nach den Vorschriften des Aktienrechts publik zu machen wären, jedoch nicht in Statuten, Prospekt oder Gründerbericht aufgenommen wurden, hat der Aktionär ev. die Möglichkeit, vor der konstit. Generalversammlung seine Zeichnung anzufechten oder nach Konstitution die Auflösung der Gesellschaft zu verlangen. Ebenso sind solche Abmachungen für gutgläubige Dritte nicht rechtserheblich. Vergl. *His*, Art. 933 Anm. 29.

ist den Gründern in der Bemessung der *Grundkapitalhöhe* freie Hand gelassen. Diese Autonomie ist auch erforderlich, soll sich die AG gleich anderen Rechtssubjekten des Privatrechts der Ausübung individueller Erwerbstätigkeiten widmen können.

Die Höhe des Grundkapitals wird sich denn in erster Linie nach dem *Gesellschaftszweck* richten müssen. Ein neugegründetes Unternehmen kann nicht ohne weiteres auf Bankkredite rechnen, um die zur Geschäftsaufnahme erforderlichen Mittel zur Hand zu haben, und auch die erfolgreiche Ausgabe von Obligationen hängt zum großen Teil vom Beweis eines bisherigen Geschäftserfolges ab¹. Das Grundkapital muß denn in seiner Funktion als Betriebskapital dem Unternehmen eine gesunde Finanzbasis bieten; nicht nur Erstellungskosten der für die Zweckausübung erforderlichen Werke und Geräte, sondern auch die voraussichtlichen Betriebskosten müssen vor Ansetzung der Grundkapitalhöhe sorgfältig budgetiert werden.

Bei diesen vorbereitenden Studien darf die Bedeutung, die die ziffernmäßige Höhe des Grundkapitals für den zukünftigen Aktionär hat, nicht außer Acht gelassen werden. Ihm wird daran gelegen sein, daß sich das Gesellschaftskapital im Rahmen des wirklich Erforderlichen hält: Ermöglicht einerseits ein zu kleines Kapital nicht, das Unternehmen lange lebensfähig zu erhalten, so verkleinern sich andererseits die Gewinnchancen des einzelnen Aktionärs, wenn das Gesellschaftskapital *zu hoch* angesetzt ist, und eine wirtschaftliche Ausnützung der Einlagen unmöglich wird².

Schließlich wird bei Bemessung der ziffernmäßigen Höhe des Aktienkapitals auch auf die zukünftigen Gesellschaftsgläubiger Rücksicht genommen werden müssen: weniger etwa, weil diesen das Grundkapital den Haftungsfonds nennt, der ihre Forderungen deckt, sondern vor allem, weil die Grundkapitalhöhe *Kreditbasis* ist. Der Dritte, der mit dem Unternehmen in Geschäftsbeziehungen zu kommen gedenkt, wird dabei nicht die Kapitalziffer als solche beurteilen, sondern diese im Lichte des Verhältnisses von Grundkapital zum Gesellschaftszweck in Betracht ziehen.

¹ Dies gilt vornehmlich für Unternehmen, deren Existenzmöglichkeit von den wirtschaftspolitischen Verhältnissen und vom Geschäftstalent der Direktion und des Verwaltungsrates abhängt. Etwas anders können die Verhältnisse bei krisensicheren Unternehmungen sein, z. B. Elektrizitätswerksgesellschaften.

² Vor allem der Kleinaktionär verlangt von seiner Aktie sofortige und größtmögliche Rendite.

Bei Bestimmung der Grundkapitalhöhe einer «AG m. bes. Char.» sind Faktoren wirtschaftlicher Natur in Berücksichtigung zu ziehen, welche über die eben genannten, von Gründern jeder AG zu beachtenden Momente hinausgehen. Die Geschäftstätigkeit läßt sich bei gewissen Arten von besonders gearteten Aktienunternehmen dem Umfang nach nicht frei bestimmen. Bei konzessionierten Unternehmungen sind für die Gründer die Konzessionsbedingungen in bezug auf die *Betriebspflicht* maßgebend; diese bedingt ein Tätigkeitsminimum für die Aktienunternehmung und bestimmt damit in gewissem Maße auch das notwendige Mindestkapital. Die erlangte Polizeierlaubnis gibt andererseits dem betreffenden Unternehmen nahezu eine faktische Monopolstellung, weil sie ihm eine Tätigkeitsphäre eröffnet, die nicht ohne weiteres jedem anderen Wirtschaftssubjekt auch zu Erwerbszwecken zur Verfügung steht; das bewilligte Unternehmen wird diese Stellung in seinem Interesse *ganz* ausnützen müssen und wird sich dementsprechend mit einem breiteren Kapitalfundament ausrüsten.

Darin besteht aber nicht die einzige *Besonderheit wirtschaftlicher Art*, welcher die Gründer einer besonders gearteten AG bei Ansetzung der Kapitalhöhe Rücksicht tragen werden. Es ergeben sich deren weitere aus den Gesellschaftszwecken. Ein kurzer Überblick soll uns mit ihnen vertraut machen und wird uns anläßlich der Behandlung der gesetzlichen Kapitalvorschriften ein Urteil darüber erlauben, *ob* und *wie* sich die Spezialgesetzgebung ihnen angepaßt hat.

a) Erstellungs- und Betriebskosten:

Unsere Versuche, besondere Merkmale der «AG m. bes. Char.» im Gesellschaftszweck zu eruieren³, ließen uns die verschiedenen Aspekte hervorheben, unter denen das *Eigenkapital* zum Gesellschaftszweck in wirtschaftlicher Hinsicht erscheint, und uns zur Feststellung bringen, daß die besonders gearteten AG zwei Extreme vertreten: Auf der einen Seite sind es Banken, Versicherungsgesellschaften, Pfandbriefzentralen und die Kreditkassen mit Wartezeit, die für die Anschaffung von materiellen oder immateriellen Gütern, Lizenzen, Kundenkreis, Lokalmiete usw. nur kleiner Mittel bedürfen, aber große Kapitalmittel als *Betriebsvermögen* aufzuweisen haben. Auf der anderen Seite sind es die konzessionierten Unternehmen, welche durchwegs große Vermögenswerte in *Betriebsanlagen* zu investieren haben und nur Bruchteile davon als eigentliche Betriebsmittel aufwenden müssen.

³ Vergl. vorne, S. 24 ff. «Zweckverfolgung und Aktienkapital».

Am eindrücklichsten zeigt dies wohl die Elektrizitätswerk-AG. Allein schon die Gründungs- und Organisationskosten werden durch Projektstudien und Konzessionserlangung⁴ weit über ihr normales Maß⁵ getrieben und können bereits in die Millionen gehende Mittel beanspruchen⁶. Die Anlagekosten selbst, wie Expropriationsentschädigungen, Ausgaben für Bauleitung, Bauzinsen, Hoch- und Tiefbauarbeiten, maschinelle und elektrische Anlagen, Signal- und Registrieranlagen usw. nehmen in den meisten Fällen ganz bedeutende Ausmaße an⁷, wobei eventuell noch große «werkfremde» Kosten im Interesse des Naturschutzes⁸ oder der Flußschiffahrt⁹ dazukommen können.

Die Betriebskosten, die sich aus Verzinsung des Anlagekapitals, Abschreibungen und Einlagen in den Erneuerungsfonds, Anlagekapitalisierung, Verwaltung, Betrieb und Unterhalt, Steuern und Abgaben usw. zusammensetzen, machen bei Hochdruckwerken max. 7,5 bis 10 %, bei Niederdruckwerken max. 10 bis 11,5 % der Anlagekosten aus¹⁰.

Ähnlich sind die Verhältnisse bei Transportunternehmen¹¹, wenn sich hier auch die Betriebskosten mehr denjenigen der Anlagen nähern.

Bei Banken, Versicherungsunternehmen, Pfandbriefzentralen und Kreditkassen beschränken sich die Anlagekosten im engeren Sinne auf Ausgaben für Bureauäumlichkeiten, Mobiliar, Drucksachen usw., sie nehmen eher geringen Umfang an. Bei Gesellschaften dieser Art ist das

⁴ Die im allgemeinen nicht aktivierbar sind – außer bei Bergwerksunternehmen.

⁵ Die Gründungskosten erreichen sonst bei allen AG. ein der Höhe des Aktienkapitals entsprechendes, begrenztes Niveau, welches sich durch die Kosten für öffentliche Beurkundung, Stempelabgaben, Kosten der Eintragung, Druckkosten, ev. Bankprovisionen und Anwaltshonoraren zusammensetzt.

⁶ So zahlte z. B. die Stadt Zürich für Konzessions- und Projektkosten der Bergellerwerke rund 2 Millionen Fr. (NZZ, 12. Jan. 53, Nr. 74).

⁷ Z. B. waren für *Flußkraftwerke* zu investieren: Ryburg-Schwörstadt ca. 60 Millionen, Birsfelden voraussichtlich 112 Millionen, Wildegg-Brugg ca. 95 Millionen. Für *Hochdruckwerke*: Innertkirchen über 130 Millionen, Mauvoisin voraussichtlich 425 Millionen.

⁸ Rheinau AG. hat im Interesse des Naturschutzes allein 10 Millionen aufzuwenden.

⁹ Kraftwerk Birsfelden AG. hat z. B. einen Anteil von 16 Millionen für Schiffahrtseinrichtungen zu übernehmen.

¹⁰ A. Harry: «Anlage- und Betriebskosten der schweiz. Wasserkraftwerke» in Bulletin SEV, Jahrgang 40, Nr. 11.

¹¹ Große Mittel sind erforderlich für Anschaffung der Betriebseinrichtungen und Fahrzeuge bei Bahnen. Man vergegenwärtige sich auch die hohen Anschaffungskosten eines modernen Verkehrsflugzeuges (DC-6B 9,5 Mill.) oder eines mittelgroßen Hochseefrachtschiffes (8–10 Mill.).

Garantiebedürfnis wichtigstes Kapitalbedürfnis. Das Eigenkapital hängt hier funktionell direkt vom geplanten Geschäftsumfang ab und liegt, wirtschaftlich gesehen, ganz im Ermessen der Gründer.

b) Fremdkapital-Eigenkapital

Eine möglichst hohe Rendite des Aktienkapitals ist nicht allein abhängig von der Höhe der eigenen Mittel. Wollte man auch große Anlagekosten nur mit dem Aktienkapital finanzieren, so wäre ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb des Unternehmens schlechthin unmöglich, abgesehen davon, daß die enorme Anzahl Aktionäre, die z. B. zur Finanzierung eines Elektrizitätsunternehmens notwendig wäre, gar nicht aufgebracht werden könnte.

Anlagekosten sind zeitgebundene Kosten. Sie lassen sich bei gut geführten Unternehmen meist schon innert Dezennien amortisieren. Es müssen demnach zur Finanzierung von Bauten oder Fahrzeugen Finanzquellen gewonnen werden, die sich je nach Bedürfnis stärker oder weniger stark beanspruchen lassen. Das Aktienkapital fällt hiezu aus den oben dargelegten Gründen außer Betracht; es ist dazu viel zu stabil, müßte doch jeder, auf die Amortisationen erfolgenden Rückzahlung das komplizierte Verfahren nach OR 723 ff. vorangehen¹².

Es stehen weit bessere Wege zur Verfügung. Gewisse Aktionäre können z. B. zu einer nebenvertraglichen Leistungspflicht mit rein schuldrechtlichem Charakter gewonnen werden. In praxi beschafft man sich zu gleichem Zwecke vor allem Bankkredite und Darlehen. Kraftwerkgesellschaften nehmen für die Baufinanzierung dank ihrer großen Vertrauenswürdigkeit in der Öffentlichkeit mit Vorteil Zuflucht zu *Obligationenanleihen*, deren Laufzeit den jeweiligen Bedürfnissen der Gesellschaft ausgezeichnet angepaßt werden kann.

Die Rendite des Aktienkapitals ist funktionell auch von der Bemessung des Verhältnisses Fremdkapital-Eigenkapital abhängig. Bei den landläufigen Fabrikations- und Handelsgesellschaften gilt dieses Verhältnis im allgemeinen als gesund, wenn das Fremdkapital nicht über ein Fünftel bis ein Drittel des jährlichen Umsatzes hinausgeht, und nicht die Hälfte des Eigenkapitals übersteigt¹³. Dieser Grundsatz ist nicht anwendbar auf die Transportunternehmungen, ganz besonders aber nicht auf Elektrizitätswerkgesellschaften. Die Praxis zeigt, daß bei diesen der Fremdkapitalanteil den eigenen Mitteln nicht nur gleich-

¹² Statutenänderungsbeschluß, besonderer Revisionsbericht, Schuldenruf.

¹³ A. Willener in SAG XV S. 128.

kommt, sondern diese an Höhe sogar vielfach übertrifft, ohne daß die Gesellschaften dadurch unrentabel arbeiten¹⁴.

Ähnliche Umstände liegen überdies auch bei Versicherungs- und Bankgesellschaften vor¹⁵.

Bei der Bemessung des richtigen Verhältnisses anlässlich der Gründung sind nicht allein die Rentabilitätsberechnungen der Gründer maßgebend; es sind weitere Faktoren zu berücksichtigen: So besteht einerseits die Möglichkeit, daß für die im Interessen der Öffentlichkeit liegenden Bauten das daraus Nutzen ziehende Gemeinwesen zu zinslosen Darlehen oder gar zu Beiträgen *a fonds perdu* gewonnen werden kann¹⁶. Ob und in welchem Maße Obligationenanleihen gute Aufnahme finden, hängt ebenfalls von der Sympathie der Gemeinwesen oder öffentlicher Körperschaft ab, die sie dem Unternehmen entgegenbringen und davon, ob sie eventuell die Garantie für ein Anleihen übernehmen und gar als Aktionäre dem Unternehmen beitreten¹⁷.

Alle diese Betrachtungen führen auf zwei Grundprinzipien zur wirt-

¹⁴ Hiezu einige Beispiele: Manuel des Bourses S. 417 ff.

<i>Elektrizitätswerk-AG.</i>	<i>Eigenkapital</i>	<i>Fremdkapital</i>
Oberhasli-Innertkirchen:	60 Millionen	175 Millionen
Aare-Tessin, Olten:	70 »	115 »
Rupperswil-Auenstein, Aarau:	12 »	20 »
Mauvoisin, Sitten: vorgesehen	100 »	Baukosten ca. 425 Mill.
im Februar 53 gezeichnet	60 »	(nach Anleiheprospekt vom 16. II. 1953)

Eisenbahn-AG.: (Finanzjahrbuch 1951, S. 240 ff.) Es ist zu berücksichtigen, daß die Verhältnisse bei Gründung der Bahngesellschaften anders waren und die hohen Fremdmittel zum Teil bei späteren Sanierungen beschafft wurden, wobei sich die interessierten Gemeinwesen nahmhaft beteiligen mußten.

Berner Alpenbahngesellschaft Bern:	über 59 Millionen	über 87 Millionen
Jungfraubahn, Interlaken:	5,125 »	8 »
Montreux-Berner Oberland, Montreux:	3,55 »	7,1 »
Rigibahn, Vitznau:	0,625 »	1,27 »

¹⁵ Vergl. Aufstellung über das Verhältnis Eigenkapital-Fremdkapital verschiedener Gesellschaften in SAG XV, S. 131.

¹⁶ *Bangerter*, S. 133: Bei wichtigen Bahnbauten erfolgte früher oft Beihilfe eines Gemeinwesens über die besondere Gattung der Nachgangs- oder Subventionsaktien, so z. B. seinerzeit bei der Rhätischen Bahn und der Simplonbahn. Der betreffende Kapitalanteil war erst nach Auszahlung einer gewissen Mindestdividende auf das normale Aktienkapital dividendenberechtigt und kam nach einer ev. Liquidation erst *nach* den Stammaktien zur Rückzahlung.

¹⁷ Vergl. vorne S. 63 f.

schaftlich günstigen Ansetzung der Grundkapitalhöhe: Weil sich die hohen Anlagekosten der konzessionierten Unternehmen weitgehend amortisieren lassen, wird man mit dem Eigenkapital vor allem die nicht amortisierbaren Werte decken wollen und läßt dementsprechend ein im Verhältnis zu den Anlagekosten *kleines* Aktienkapital zeichnen, wobei dieses erst mit fortgeschrittenem Bau über 20 % hinaus liberiert werden muß.

Bei den anderen «AG m. bes. Char.», bei denen das Grundkapital in erster Linie Garantiefonds darstellt, empfiehlt es sich schon aus Kreditgründen, das Eigenkapital bereits anläßlich der Gründung dem vorgesehenen Geschäftsumfang anzupassen. Den momentanen Finanzbedürfnissen wird man durch zweckmäßige Teilliberierungen nachkommen.

Ein solches Vorgehen entspricht auch in steuerrechtlicher Hinsicht größtmöglicher Wirtschaftlichkeit. Denn die praktizierte Doppelbesteuerung des Aktienkapitals – sowohl bei der Gesellschaft als auch beim einzelnen Aktionär – verlangt, daß das Gründungskapital eines Unternehmens möglichst gering angesetzt werde¹⁸.

B. Nach gesetzlichen Erfordernissen

Den eben dargestellten wirtschaftlichen Gesichtspunkten, die bei Bemessung der Grundkapitalhöhe berücksichtigt werden sollten, stehen allzu oft die rechtlichen Vorschriften der diese Gesellschaften betreffenden Spezialgesetze entgegen. Bei den Kapitalfragen einer AG geht es ja auch um die Grundfragen des Gläubigerschutzes; dies ganz ausgesprochen bei der «AG m. bes. Char.», wo nicht nur der einzelne Gläubiger, sondern die ganze Öffentlichkeit an gesunden Kapitalverhältnissen interessiert ist. Die gewöhnlichen Kapitalvorschriften des Aktienrechts konnten denn nicht genügen. Um der besonderen Schutzwürdigkeit der Außenstehenden genügend nachzukommen, hat der Gesetzgeber denn bereits schon durch Beschränkung der Gründerfreiheit in der Unternehmensfinanzierung durchgegriffen.

Die verschiedenartigen wirtschaftlichen Tätigkeiten der besonders gearteten Aktienunternehmungen, und die Sonderstellung der einzelnen dieser Gesellschaften im öffentlichen Recht, bedingen eine *individuelle*

¹⁸ Vergl. im weiteren, insbesondere über steuerrechtlich günstige Bemessung der Sacheinlagen: K. Dürr, «Das minimale Gründungskapital der AG und der G. m. b. H. nach handels- und steuerrechtlichen Gesichtspunkten». In «Steuerprobleme» 2. Heft, Bern 1946, Verlag für Wirtschaft und Recht.

Anpassung der Grundkapitalvorschriften. Die folgende Darstellung zeigt die verschiedenen Wege, die der Gesetzgeber beschritten hat, um den einzelnen Verhältnissen gerecht zu werden. Sie zeigt aber auch, daß er sich nicht immer auf das absolut Notwendige beschränkte und damit auch nicht allen wirtschaftlichen Postulaten der einzelnen Unternehmengruppen nachkam.

a) Ziffernmäßiges Mindestkapital

Entsprechende Normen finden wir bei den Pfandbriefzentralen-AG¹⁹, den Kreditkassen mit Wartezeit-AG²⁰ und bei Aktienunternehmen, die die Rechtsschutzversicherung betreiben²¹. Die Zweckmäßigkeit dieser Vorschriften mag fraglich erscheinen, weil sie in ihrer Starrheit nicht den Bedürfnissen des durch Geldentwertung, Konjunkturperioden usw. beeinflussten dynamischen Charakters der Privatwirtschaft entsprechen. Für ihre Aufstellung waren die folgenden Gründe maßgebend:

Es wird für die Pfandbriefzentralen ein Mindestkapital von fünf Millionen vorgeschrieben. Man muß sich vor Augen halten, daß diese durch Bundesgesetz kreierte Institute nicht allein im Interesse der Hypothekarschuldner geschaffen wurden. Der Bund sah darin vielmehr eine Institution von allgemein volkswirtschaftlichem Interesse. Die Pfandbriefzentralen waren nämlich – wie aus der Botschaft²² hervorgeht – auch als Krisenkassen gedacht, die bei Kreditnot die bestehende eidgenössische Darlehenskasse zu ersetzen haben. Es handelt sich um monopolisierte Unternehmen mit stark öffentlich-rechtlichem Einschlag, die von Anfang an außerhalb jeder privatwirtschaftlichen Tätigkeitssphäre standen; die Kapitalhöhe-Vorschriften des Pfandbriefgesetzes bestehen also in Wahrung reiner Bundesinteressen.

Die Kreditkassen mit Wartezeit-AG haben ein einbezahltes Mindestgrundkapital von Fr. 100 000 aufzuweisen. Vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Kreditkassenwesen sind nach *Kohli*²³ zahlreiche Gründungen mit Zwergkapital vorgekommen, das die Kreditkassen nicht einmal voll auszunützen brauchten; denn bei Abschluß der Bausparverträge verlangten sie Verwaltungskostenbeiträge bis zu 10 % der

¹⁹ Pfandbriefgesetz Art. 2 Abs. 2.

²⁰ Kreditkassenverordnung Art. 5 lit. a.

²¹ BRB über die Rechtsschutzversicherung, Art. 2 Abs. 1.

²² Botschaft zum Entwurf eines BG über die Ausgabe von Pfandbriefen vom 4. Juni 1837, BBl 1937 II S. 542 ff.

²³ *Kohli*, S. 122.

Antragssumme und verfügten bereits kurz nach Gründung über ein größeres Betriebskapital; zum Nachteil der Sparer! Zur Entstehungszeit des BG und der Kreditkassenverordnung kannte man im schweizerischen Gesellschaftsrecht eine Bestimmung, die den AG ein Mindestkapital von Fr. 50 000 vorschreibt, noch nicht. Es erschien am einfachsten, diesen spekulativen Zwerggründungen mit zwingender Festsetzung eines hohen Mindestkapitals den Riegel zu schieben. Allein, unseres Erachtens ist dem Schutzbedürfnis der Kreditnehmer durch die vielseitigen Maßnahmen der Verordnung – wie Aufsichtsdienst mit *materieller* Aufsichtsberechtigung, Bewilligungspflicht (Art. 4 VO), Vorschriften über das Verhältnis des Eigenkapitals zu den eingegangenen Verpflichtungen (Art. 11 Abs. 1 VO), Verbot, die Kreditnehmer zur Zeichnung von Aktien zu zwingen (Art. 11 Abs. 4 VO) – mehr als genüge getan. Für die Sicherstellung öffentlich-rechtlicher Forderungen an die Bausparkasse hat der Aufsichtsdienst nach Art. 5 des erwähnten Erlasses zudem eine Kautions festzusetzen.

Die Mindestkapitalvorschrift der Kreditkassenverordnung muß als Hemmschuh empfunden werden. Sie schließt Neugründungen von Bausparkassen-AG praktisch aus, weil einerseits die Kapitalbeschaffung außerordentlich Mühe macht²⁴, andererseits ein so großes Eigenkapital eine ökonomische Geschäftstätigkeit des Unternehmens erschwert.

Für Aktienunternehmen, welche die Rechtsschutzversicherung betreiben wollen, ist schließlich in Art. 2 Abs. 1 des «BRB über die Rechtsschutzversicherung» ebenfalls ein Mindestkapital von 100 000 Franken vorgeschrieben. Durch welche Erwägungen sich der Gesetzgeber dabei zu dieser Regelung leiten ließ, war nicht zu eruieren.

b) Mindestkapital nach dem Verhältnis Eigenkapital- Gesellschaftsverbindlichkeiten

Ein gesundes Verhältnis zwischen Eigenkapital und Verbindlichkeiten liegt nicht nur im Interesse der Gesellschaftsgläubiger, sondern auch in demjenigen der Gesellschaft selbst. Diesbezügliche Vorschriften des öffentlichen Rechts sind in ihrer Schutzfunktion denjenigen, welche ein ziffernmäßiges Mindestkapital verlangen, mindestens gleichwertig und berücksichtigen zudem die Bedürfnisse der Privatwirtschaft.

Weil Normativbestimmungen dieser Art auf die *bestehende* Unternehmung abstellen, müssen sie im Gründungsstadium nur beschränkt

²⁴ Kreditkassen-AG. können im allgemeinen keine großen Dividenden herauswirtschaften!

berücksichtigt werden²⁵, nur insofern, als bei Bemessung der Grundkapitalhöhe das vorgesehene Maß der Gesellschaftsverbindlichkeiten bestimmend mitreden sollte, will man später umständliche Kapitalerhöhungen vermeiden und genügend Spielraum für überraschend anfallende Konjunkturgeschäfte haben.

Das *Bankgesetz* von 1934 prägte vorerst in Art. 4 den Grundsatz eines angemessenen Verhältnisses zwischen den eigenen Mitteln und den Verbindlichkeiten. Die Vollziehungsverordnung von 1935 setzte in Art. 12, Ziff. c näher fest, daß die eigenen Mittel²⁶ mindestens 5 % der Verbindlichkeiten in der Höhe der durch inländisches Grundpfand gedeckten Forderungen einerseits, – und mindestens 10 % der übrigen Verbindlichkeiten zu betragen haben.

Ähnliche Bedingungen stellt Art. 11²⁷ der *Kreditkassenverordnung* von 1935 für die ihr unterstellten Unternehmen auf: Die eigenen Mittel²⁸ haben einerseits mindestens 5 % der besonders genannten Verbindlichkeiten²⁹, andererseits mindestens 10 % aller übrigen Verbindlichkeiten aufzuweisen.

Die einfachste Bestimmung dieser Art kennt das aus dem Jahr 1930 datierende *Pfandbriefgesetz* in Art. 10: Bei den Pfandbriefzentralen darf das Verhältnis Eigenkapital-Verbindlichkeiten nicht über 1 : 20 hinausgehen, was den beiden Zentralen bei Gründung mit einem einbezahlten Kapital von fünf Millionen die Pfandbriefausgabe bis zu hundert Millionen erlaubte: *Utz*³⁰ ist der Meinung, daß diese Vorschrift den wirtschaftlichen Bedürfnissen für Betrieb und Entwicklung der beiden

²⁵ Vermehrte Rücksicht aber im Falle von Übernahmegründungen!

²⁶ Eigene Mittel sind nach VVO Art. 10: einbezahltes Grundkapital, 50 % des nicht einbezahlten Grundkapitals, für das Verpflichtungsscheine vorhanden sind, – der durch besondere Urkunde verbrieft, bedingungslos übernommene Garantiebetrag der Gemeinde, – die in der Bilanz ausgewiesenen Reserven mit Ausnahme der Rückstellungen, – Aktivsaldo vortrag.

²⁷ Fassung gemäß BRB vom 21. Jan. 1941 (Art. 1).

²⁸ Eigene Mittel nach VO Art. 11 Abs. 2: Einbezahltes Kapital, für das Verpflichtungsscheine vorhanden sind, – die in der Bilanz ausgewiesenen echten Reserven, – die unverteilten Gewinne.

²⁹ 1. Darlehen aus Zuteilungsmitteln, 2. andere grundpfändlich gesicherte Forderungen bis zu höchstens $\frac{2}{3}$ der Schätzung, 3. Schuldverpflichtungen, des Bundes, der SBB, Kantone und Gemeinden, sowie Schuldverpflichtungen, die durch diese Körperschaften garantiert sind, 4. durch verrechnungsfähige Guthaben gedeckte Forderungen, soweit diese nicht unter Ziff. 1 und 2 fallen.

³⁰ *Utz*, S. 131.

Anstalten nicht entspricht³¹ und das Verhältnis auf 1 : 40 abgeändert werden sollte. Als zweckmäßigste Lösung schlägt er³² die Zulassung der Teilliberierung vor, stößt dabei aber auf die gegensätzliche Auffassung der Pfandbrief-Institutsdirektionen und von Brühlmann³³, welche glauben, es habe die gesetzliche Vorschrift auf das *einbezahlte* Aktienkapital Anwendung zu finden.

Das neue Bundesgesetz über die *Seeschifffahrt* vom 23. September 1953 sieht in Art. 24 eine ähnliche Verhältnisklausel vor. Darnach hat eine AG als Eigentümerin von Hochseeschiffen über *eigene* Mittel zu verfügen, welche mindestens einem Viertel des Buchwertes der auf ihren Namen eingetragenen Hochseeschiffe entsprechen³⁴.

c) Weitere Vorschriften

Die das Grundkapital der «AG m. bes. Char.» betreffenden Bestimmungen der Spezialgesetzgebung beschränken sich nicht auf die eben angeführten. Die einzelnen Erlasse enthalten vielfach auch Normen über Kautionen, Sicherungsfonds usw., welche schon im Gründungsstadium bei Bemessung der Grundkapitalhöhe Berücksichtigung finden müssen.

Das Bundesgesetz über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen inländischer Lebensversicherungsgesellschaften vom 25. Juni 1930 erklärte für diese Unternehmen in Art. 1 einen *Sicherungsfonds* als obligatorisch. Dieser hat bei Errichtung mindestens Fr. 500 000 aufzuweisen (Art. 5). Die Rechtsschutzversicherungsgesellschaften haben nach Art. 2 Abs. 2 des entsprechenden BRB über einen hinlänglichen *Organisationsfonds* zu verfügen.

Für Versicherungsgesellschaften statuiert Art. 29 der Verordnung von 1931 die Kautionspflicht. Art. 42 in Verbindung mit Art. 45 Al. c desselben Erlasses zwingt zu folgenden Mindestkautionen bei *Betriebsaufnahme*:

1. Für Unfall-, Haftpflicht-, Feuer-, Transport-, Kredit- und Krankenversicherung je Fr. 100 000 pro Versicherungszweig.

2. Für alle übrigen Versicherungszweige je Fr. 20 000.

Ebenso wird bei Kreditkassen nach der Kreditkassenverordnung

³¹ Das einbezahlte Kapital wird nur für Emissionskostenvorschüsse, Kurspflege, Vorfinanzierung von Pfandbriefdarlehen benötigt; das einbezahlte Kapital übersteigt den Bedarf! Vergl. *Utz*, S. 132 ff.

³² *Utz*, S. 141.

³³ *Brühlmann*, Pfandbriefgesetz, S. 68.

³⁴ Wobei für jedes neueinzutragende Schiff als erster Buchwert der Erwerbspreis gilt.

Art. 5 vom Aufsichtsrat eine Kautionsleistung festgelegt, die vor Erteilung der Polizeibewilligung geleistet sein muß.

Weitere Erlasse knüpfen die Erteilung von Konzession oder Bewilligung an einen *Finanzausweis*. Das heißt, daß sich die Kontrolle der Behörden bei Gründung der betreffenden AG nicht nur auf die formelle Erfüllung der gesetzlichen Finanzvorschriften beschränkt, sondern auch eine materielle Prüfung der finanziellen Grundlagen der Gesellschaft zum Gegenstand hat. Mit anderen Worten: die Behörde wird dem Finanzfundament seine Aufmerksamkeit unter allen, von uns bisher angeführten wirtschaftlichen Aspekten widmen; durch die vielfach sehr allgemein gehaltene Redaktion dieser Vorschrift steht ihr der Weg dazu ohne weiteres offen. Damit handelt es sich beim Obligatorium des Finanznachweises um eine Norm, die alle das Grundkapital der «AG m. bes. Char.» betreffenden Spezialbestimmungen des öffentlichen Rechts überschattet und in ihren Konsequenzen den Gründern solcher Unternehmungen stets gegenwärtig zu sein hat.

Solche Finanzausweise werden verlangt³⁵ von Bahn-AG nach Art. 25 bis 34 der VVO zum EBG von 1872, Elektrizitäts-AG nach Art. 55 Abs. b des WRG³⁶, Luftverkehrs-AG nach Art. 142 der VVO zum Luftfahrtges., Versicherungs-AG nach Art. 3, verbunden mit Art. 2 des Versicherungs-Aufsichtsgesetzes, bei Bergwerksunternehmen, sofern es die kantonale Gesetzgebung bestimmt.

II. Deckung des Aktienkapitals

Vorschriften über die Kapitalhöhe wären nutzlos, würden nicht auch Bestimmungen über die *Deckung* des Aktienkapitals bestehen; ein eminentes Interesse an diesen hat der Gesellschaftsgläubiger, bei besonders gearteten Aktienunternehmen die gesamte Öffentlichkeit! Das Grundkapital soll tatsächlich den «Sollbestand des *Reinvermögens* der Gesellschaft»³⁷ darstellen.

Die aktienrechtlichen Bestimmungen unseres OR enthalten zur Gewährleistung dieses Grundsatzes zwingendes Recht: alle Aktien müssen gezeichnet sein; die Ausgabe der Aktien darf nicht unter dem Nennwert

³⁵ Der Staat verlangt prinzipiell einen Finanznachweis, wenn eine Konzession zu einer Tätigkeit erteilt werden soll, welche zu seinen eigenen «wohlfahrtsfördernden» Pflichten gehört. Vergl. BG über die Trolleybusunternehmen, Kraftwagen-VO u. a.

³⁶ *Geiser-Abbühl*, S. 192; die Kantone können Finanzausweis fordern.

³⁷ *Wieland II*, S. 17.

erfolgen u. a. Findet nur Teilliberierung statt, so wird für die noch nicht einbezahlten Aktien eine *Einlageverpflichtung* begründet, welche wertmäßig der Bar- oder Sacheinlage entspricht. Der großen Gefahr einer Verwässerung des Aktienkapitals durch Überbewertung von Aktiven bei Apportgründungen versucht das Aktienrecht mit besonderen Publizitätsvorschriften entgegenzuwirken: Die Bewertung von Aktiven ist im Gründerbericht darzulegen; Statuten und Handelsregistereintrag haben über das Bestehen von Sacheinlagen zu orientieren; und nicht zuletzt werden die Gründer durch das über ihnen schwebende Damoklesschwert der Gründerhaftung von unlauteren Machenschaften abgehalten.

Man sollte annehmen können, daß diese aktienrechtlichen Deckungsvorschriften auch den – durch die außergewöhnliche Stellung der «AG m. bes. Char.» zur Öffentlichkeit bedingten – Bedürfnissen eines erweiterten Drittschutzes vollauf genügt hätten. Doch weist die Spezialgesetzgebung auch auf diesem Gebiete eigene Bestimmungen auf. Dies erklärt sich wohl daraus, daß das alte Obligationenrecht vor 1936 außerordentlich wenig um die Deckung des Aktienkapitals besorgt war. Die spezialgesetzlichen Regelungen sind aber zur Hauptsache vor der OR-Revision entstanden und konnten sich deshalb die Erkenntnisse, die zur Aufstellung der weitgehenden Deckungsbestimmungen im neuen Aktienrecht führten, nicht zu eigen machen. Die im Interesse der Kapitaldeckung bestehenden *leges speciales* des öffentlichen Rechts erman- geln denn fast durchwegs einer aktienrechtlichen Logik.

Das zeigt sich besonders in bezug auf die Stellung der *Einlageverpflichtung*, welche über die Bar- oder Sacheinlage hinaus bis zum vollen Zeichnungsbetrag begründet wird. Nach Aktienrecht muß das Gesellschaftskapital nicht voll einbezahlt werden, weil die Einlageverpflichtung der Bareinlage wertmäßig grundsätzlich gleichkommt³⁸.

Einzelne Spezialbestimmungen des öffentlichen Rechts anerkennen diesen Grundsatz nicht und schreiben zwingend vor, daß das gesamte Aktienkapital voll einbezahlt werden müsse. Entsprechend wurde im Pfandbriefgesetz Art. 2 Abs. 2 für die Pfandbrief-AG legiferiert. Ebenso muß das Mindestkapital von 100 000 Franken bei Kreditkassen-AG nach der Kreditkassen-VO Art. 5 lit. a *voll* liberiert sein. Derselbe Grundsatz beherrscht auch das Eisenbahnrecht; nach Art. 31 der VVO zum EGB wird der Bundesrat «darauf halten, daß der Betrag des

³⁸ Vergl. S. 76 oben. Diese Annahme scheint berechtigt, weil das nichteinbezahlte Kapital ja auch nicht mit dem Betriebsrisiko belastet ist.

ganzen Anlagekapitals effektiv einbezahlt werde . . .» d. h. auch hier müssen die Aktien voll liberiert sein. Demselben Mißtrauen gegenüber der Einlageverpflichtung mag schließlich auch die Vorschrift Art. 2 Abs. 2 des BRB über die Rechtsschutzversicherung entspringen, welche verlangt, daß mindestens die Hälfte des Nennwertes des Aktienkapitals einbezahlt sein müsse³⁹.

Auch nach den Bestimmungen, welche das Verhältnis der eigenen Mittel zu den Gesellschaftsverbindlichkeiten zum Gegenstand haben, wird das Aktienkapital in einzelnen Fällen nur als vollwertig akzeptiert, wenn es *voll* einbezahlt wurde. Immerhin darf sowohl bei Bankunternehmen (VVO zum Bankenges. Art. 11 Abs. 2) als auch bei Kreditkassen-AG (Kreditkassen-VO Art. 11 Abs. 2) der nicht liberierte Teil des Aktienkapitals wenigstens zur *Hälfte* zum maßgeblichen Eigenkapital gerechnet werden. Das Pfandbriefgesetz spricht sich nicht darüber aus, ob auch die Einlageverpflichtung vollwertiges Eigenkapital darstelle; die Ansichten gehen – wie bereits erwähnt⁴⁰ – auseinander⁴¹.

Besonders groß ist die Gefahr einer verdeckten Unterpariemission und damit einer Unterdeckung des Garantiekapitals bei Sacheinlage- und Übernahmegründungen. Man wäre nicht erstaunt, wenn die Spezialgesetzgebung hier zusätzliche Vorschriften aufgestellt hätte, welche über diejenigen des Aktienrechts hinausgehen. Eigenartigerweise sind aber ausgerechnet auf diesem Gebiet keine Sonderbestimmungen des öffentlichen Rechts bekannt. Das mag vielleicht damit zusammenhängen, daß eigentliche Sacheinlage- oder Übernahmegründungen bei den besonders gearteten Aktienunternehmen durch die ihnen eigene Stellung im Wirtschaftsleben eher in den Hintergrund treten und man zudem der Ansicht war, mit der materiellen Prüfungsbefugnis von Konzessions- und Bewilligungsbehörden auch gegen diese Gefahren gefeit zu sein.

Daß Apportgründungen auch unter den «AG m. bes. Char.» prinzipiell zulässig sind, darf als sicher angenommen werden. Es muß dies schon aus den Strafbestimmungen einzelner Spezialerlasse gefolgert

³⁹ Wenn man bedenkt, daß der betreffende BRB erst 1945 erlassen wurde, erscheint diese Bestimmung unmotiviert!

⁴⁰ Vergl. vorne, S. 74.

⁴¹ Nach *Utz*, S. 137 soll sich *Brühlmann*, welcher Voll-Einzahlung verlangt, auf die Tatsache stützen, daß der *Entwurf* zum Pfandbriefges. in Art. 8 feststellte: «Als Eigenkapital gilt das einbezahlte oder sichergestellte Aktien- oder Stammkapital». Diese Erläuterung wurde nicht ins Gesetz übernommen.

werden. So erklärt z. B. die Kreditkassen-VO in Art. 56, daß verantwortlich sei derjenige, der «absichtlich oder fahrlässig dabei mitgewirkt hat, daß die Einlage oder die Übernahme von Vermögensstücken, oder eine Begünstigung einzelner Gesellschafter oder anderer Personen in den Statuten oder Gründerbericht unrichtig oder unvollständig, verschwiegen oder verschleiert worden ist.» In diesem Sinne lautet auch Art. 40 des Bankengesetzes.

Da das vermehrte öffentliche Interesse bei den hier behandelten Sonder-AG unbedingte *Bonität* der Aktiven verlangt, muß der Kreis der Apports im allgemeinen auf materielle Güterwerte beschränkt bleiben, die einwandfrei bilanztüchtige Positionen darstellen. D. h. daß sich diese etwa auf hypothekarisch gedeckte Forderungen – wobei das Grundpfand einen gewissen Bruchteil des Verkehrswertes nicht übersteigen sollte –, inländische Pfandbriefe, Wertschriften und Wechsel, Schuldverpflichtungen des Bundes, der SBB, der Kantone oder Gemeinden, ferner Schuldverpflichtungen, welche von diesen Körperschaften garantiert sind, beschränken müßten. Immaterielle Werte, deren Bewertung von der zukünftigen Entwicklung abhängt, sollten zur Vermeidung einer Überbewertung und damit der Verwässerung des Grundkapitals nur mit Genußscheinen entschädigt werden. Es wird im einzelnen Sache der Bewilligungs-⁴² oder Konzessionsbehörde⁴³ sein, zu bestimmen, *ob* und *welche* Sachwerte, und zu was für Bewertungen sie solche im Gründungskapital der «AG m. bes. Char.» zulassen will; sie werden dabei auch auf die Anteile an illiquiden, schwer realisierbaren, und diejenigen an liquiden, leicht realisierbaren Werten abstellen⁴⁴.

In den Gründervorteilen liegt ebenfalls eine große Gefahr für die Volldeckung des Grundkapitals. Es muß den Gründern vorbehalten bleiben, Begünstigungen – auch ohne materielle Rechtfertigung – in den Statuten der «AG m. bes. Char.» vorzusehen. Im Interesse der Verhinderung einer verdeckten Unterpariemission wird empfehlenswert sein – und die Behörde wird dies auch verlangen können – daß die Zuwendungen nicht aus dem Grundkapital erfolgen, sondern über Genuß-

⁴² Bei Kreditkassen: Die Aufsichtskommission auf Antrag des Aufsichtsamtes; bei Banken: die Bankenkommision; bei Versicherungen: das eidgen. Versicherungsamt.

⁴³ Anlässlich der Begutachtung des Finanzausweises.

⁴⁴ Z. B. kann bei Versicherungs-AG, bei der ja das Aktienkapital vor allem Garantiekapital darstellt, die vermehrte Zulassung illiquider Mittel angebracht sein.

scheine und Liquidationsüberschüsse ausbezahlt werden; dies um so mehr, als besonders die konzessionierten Unternehmen, die ihr Kapital bei der Gründung mit hohen Kosten für Projektstudien, Bemühungen um die Konzessionserlangung und die Konzession selbst belasten, gewöhnlich schon mit großen Unterbilanzen ins Leben treten müssen⁴⁵.

III. Die Erhaltung des Aktienkapitals

Es kann weder im Interesse des Aktionärs –, noch des Gläubigers –, noch in demjenigen der Öffentlichkeit liegen, die am Bestehen des Unternehmens aus volkswirtschaftlichen Gründen ebenfalls interessiert ist, daß die AG nur im Moment der Gründung ein gedecktes Mindestkapital aufweist. Vor allem der Gläubiger, der zur Befriedigung seiner Forderungen ausschließlich auf das Gesellschaftsvermögen verwiesen wird, soll mit Sicherheit darauf zählen können, im Grundkapital *jederzeit* die zur Deckung seiner Guthaben ausreichenden Werte vorzufinden.

Die verschiedenen Bestimmungen, die sowohl das Aktienrecht⁴⁶ als auch die Spezialgesetzgebung darüber aufweisen, haben durchwegs die Vermögensverhältnisse der *bestehenden* AG zum Gegenstand. Dennoch haben uns einige von ihnen zu interessieren, weil sie bereits im Gründungsstadium der Gesellschaft Berücksichtigung verlangen: Es sind dies einerseits die *Reserve-Vorschriften*, denen wir uns anläßlich unserer Betrachtungen über die Statuten widmen werden⁴⁷, andererseits Normen über die *Anlage des Grundkapitals*, welche, soweit sie bei Gründung der besonders gearteten Aktienunternehmungen Beachtung finden müssen, an dieser Stelle kurz angeführt werden sollen⁴⁸.

Es ging dem Gesetzgeber darum, dafür besorgt zu sein, daß die nur durch Vollddeckung des Aktienkapitals dem Gläubiger gegenüber bestehende *Garantie* bis zur Liquidation des Unternehmens bestehen bleibt. Die Verfügungsfreiheit der Gesellschaft über ihre Vermögenswerte war soweit zu beschränken, als die Gefahr einer Wertverminderung des Garantiekapitals nach Möglichkeit ausgeschlossen werden muß.

⁴⁵ Die Aufwendungen für Projektstudien, Konzessionen usw. sind ja nicht bilanzfähig und müssen darum über die Gründungskosten abgebucht werden.

⁴⁶ Vergl. OR Art. 675, 677, 662; und insbesondere 668.

⁴⁷ Vergl. hinten, S. 96 ff.

⁴⁸ Es besteht eine enge Verwandtschaft zwischen den Problemen der *Kapitalerhaltung* und denjenigen der *Kapitaldeckung*. Das zeigt sich darin, daß die im Folgenden erwähnten, im Interesse der Erhaltung aufgestellten Vorschriften dieselben Grundsätze festlegen, wie sie auf S. 78 für Apports postuliert wurden.

Sowohl das Pfandbriefgesetz wie auch die Versicherungs-Gesetzgebung enthalten zwingende Vorschriften, welche abschließend anordnen, wie das Gesellschaftskapital anzulegen sei. Für Pfandbriefanstalten enthält das betreffende Gesetz in Art. 5 Ziff. 3 einen äußerst detaillierten Katalog der Anlagemöglichkeiten. Für Versicherungs-AG, bei denen die Garantiefunktion des Gesellschaftskapitals ja besonders ausgeprägt ist, hat erst die Verordnung von 1931 in Art. 12 eine entsprechende Aufzählung gebracht⁴⁹. Erstaunlich ist immerhin, daß für Bankgesellschaften zwingende Vorschriften dieser Art nicht bestehen; man hat hier den Ausgleich über die weitgehende Publizität – die Veröffentlichung der Bilanzen, Begrüßung der Nationalbank vor Abschluß bestimmter Auslandsgeschäfte usw. – gefunden.

§ 6 Die Statuten

I. Die Statuten der «AG m. bes. Char.» im Allgemeinen

A. Ihr Wesen

Wohl keiner aktienrechtlichen Gründungsvoraussetzung muß soviel Gewicht beigemessen werden, wie gerade den Statuten. Dies nicht etwa darum, weil sie stofflich ausgesprochen viel enthalten, indem sie ähnlich der Verfassung im Staat eine Kodifikation aller derjenigen Normen darstellen, auf die sich die Rechtsbeziehungen zwischen Körperschaft und ihren Mitgliedern einerseits und zwischen Körperschaft und Öffentlichkeit andererseits zurückführen lassen. Vielmehr liegt auf den Statuten ein Schwergewicht als Gründungsvoraussetzung darum, weil sie gleichsam als Seele der Gesellschaft auch die Charakterzüge des ganzen Unternehmens widerspiegeln: Sind die Statuten nach aktienrechtlichen Grundsätzen *gesetzmäßig*, so kann angenommen werden, daß theoretisch *alle* materiellen Gründungsvoraussetzungen erfüllt sind.

Den Statuten kommt aber noch weitere Bedeutung allgemeiner Art zu. Grundsätzlich muß aus ihnen ersichtlich sein, daß die Personenverbindung als Körperschaft des Privatrechts bestehen will. Sie ersetzen

⁴⁹ Ch. Gasser hält in der SVZ 1951/52, S. 229 ff. dafür, daß in Zukunft auch Aktien und Beteiligungen aller Art, Grundbesitz usw. als Kapitalanlagen zugelassen werden. Besonders bei Lebensversicherungen wäre dadurch der Gefahr von Realverlusten durch Geldentwertung vermehrt gesteuert. Weil das Erfordernis an liquiden Mitteln klein ist, sollte diese Erweiterung zulässig sein.

den bestehenden Gesellschaftsvertrag¹ der am Unternehmen beteiligten Rechtssubjekte und sind durch ihre organisatorischen Vorschriften zugleich *Grundgesetz* der AG. Nicht unwichtig ist ihre weitere Funktion als *Publizitätsmittel*; auf die Statuten² berufen sich die Aktionäre, wenn sie ihren Anteil am Grundkapital der Gesellschaft zeichnen, und auf den Statuteneintrag im Handelsregister und die Publikation im Handelsamtsblatt werden sich auch Dritte berufen, welche mit der Unternehmung in Geschäftsbeziehungen treten wollen.

*Bartlomé*³ bezeichnet die Statuten treffend als das «rechtliche Gerippe» der AG, in das sich der wirtschaftliche Organismus des Unternehmens hineinfügt. Das Gerippe muß aber den wirtschaftlichen Eigenarten der verschiedenen Gesellschaftszwecke Rücksicht tragen. Darum enthalten die Statutenvorschriften unseres Handelsrechtes *dispositives* Recht; mit Vorbehalt der zwingenden Statutenvorschriften des Aktienrechts sind die Statuten die Realisierung des freien Willens der Gründer und Ausfluß der den AG vom Gesellschaftsrecht zugestandenen, freien Organisationsfähigkeit.

Die besonders geartete Aktienunternehmung hat sich an zahlreiche Normativvorschriften der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung, und eventuell zusätzlich an Konzessionsbestimmungen zu halten, welche zu den zwingenden Bestimmungen unseres Aktienrechts hinzukommen. Sie wirken direkt oder indirekt auch auf die Statuten, indem sie die vom Gesellschaftsrecht weitgehend statuierte Organisationsfähigkeit – mit Rücksicht auf den besonderen Gesellschaftszweck – bedeutend oder weniger bedeutend *einengen*. Die Statuten der «AG m. bes. Char.» sind nur noch in sehr beschränktem Maße Ausfluß der vom Staate der AG (an sich) kraft Zivilrecht verliehenen Autonomie!

B. Ihr Verhältnis zum öffentlichen Recht

Auch die Statuten der «AG m. bes. Char.» sind ein Institut des Aktienrechts. Sie bewahren ihren rein privatrechtlichen Charakter, trotzdem gerade an ihnen das öffentliche Recht am drastischen zum Zuge kommt;

¹ *Guhl*, S. 458.

² Tatsächlich berufen sich die Zeichner auf den Statutenentwurf. Wesentliche Änderungen am Entwurf bedürfen aber der Zustimmung sämtlicher, an der konstituierenden Generalversammlung vertretenen Aktienzeichner. (OR 635 Abs. 3.) Damit sind nachträgliche Änderungen so erschwert, daß wohl immer der Entwurf als Statut übernommen wird.

³ *Bartlomé*, S. 45.

die *Statuten* dokumentieren eigentlich erst den besonderen Charakter der Gesellschaft.

Um die «AG m. bes. Char.» als Rechtssubjekt entstehen zu lassen, haben – gesellschaftlich gesehen – auch ihre Statuten nur den vom *Aktienrecht* an sie gestellten Anforderungen zu genügen. Mit anderen Worten haben sie prinzipiell nur die in OR 626 verlangten Angaben zu enthalten und sich zusätzlich über die in OR 627 und 628 genannten Punkte nur auszusprechen, wenn darüber eine Ordnung getroffen wurde.

Die Vorschriften öffentlich-rechtlicher Spezialerlasse wenden sich grundsätzlich nicht direkt an die AG als solche, sondern an die *Unternehmung*⁴. An die AG wenden sich die aktienrechtlichen Bestimmungen der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung *über* das Unternehmen. Die aktienrechtliche Konstitution der Gesellschaft bleibt also – wenn man so will – *prima vista unbetastet*. Nur kraft *Aktienrecht* wirkt die öffentlich-rechtliche Gesetzgebung auf die Statuten ein⁵!

In Anwendung unserer grundsätzlichen Feststellungen über die Stellung des öffentlichen Rechts zum Aktienrecht⁶ wird man nun über die Ausgestaltung der Statuten von besonders gearteten Aktienunternehmen das folgende festlegen dürfen:

1. Bestimmungen der *Bundesgesetzgebung*, welche an Stelle von solchen des privatrechtlichen Aktienrechts treten, sind in die Statuten aufzunehmen, sofern es das öffentliche Recht verlangt oder sie nach *aktienrechtlichen Grundsätzen* aufgenommen werden *müssen*⁷.

2. Normen des *kantonalen Rechts*, welche die AG zum Gegenstand haben, sind in die Statuten aufzunehmen, wenn sie Anordnungen betreffen, welche nach aktienrechtlichen Grundsätzen zum Statuteninhalt gehören müssen^{8, 9}.

⁴ Weshalb man alle diese Normen unter dem Begriff des *Unternehmensrecht* zusammenfassen kann. Vergl. Leo Schürmann in ZSR 72, S. 72 a «Unternehmen und Unternehmensrecht».

⁵ Es sei denn, eine öffentlich-rechtliche Norm nehme direkt auf die Statuten Bezug. Entsprechende Beispiele sind uns aber keine bekannt.

⁶ Vergl. Einleitung, vorne S. 17 ff.

⁷ Weil sie Anordnungen betreffen, die nach OR 626–628 in die Statuten aufzunehmen sind.

⁸ Vergl. Anm. 7.

⁹ Da die kantonale Gesetzgebung ja nur im Rahmen von OR 762 aktienrechtliche Vorschriften aufstellen darf (vergl. Einleitung, vorne S. 18 f.), kann es sich nur um Statutenbestimmungen handeln, welche die Vertretung des Gemeinwesens in den Gesellschaftsorganen zum Gegenstand haben.

3. Anordnungen, welche von *Konzessions- oder Bewilligungsbehörden* verlangt werden, können nur in die Statuten aufgenommen werden, sofern sie nicht aktienrechtlichen Grundsätzen entgegenstehen¹⁰. Handelt es sich hierbei um Regelungen, welche nach OR 627 und 628 in der Gesellschaftssatzung enthalten sein müssen, so besteht aus Aktienrecht *Zwang* auf Aufnahme in die Statuten.

Im Rahmen der aktienrechtlichen Organisationsfähigkeit¹¹ dürfen die Gründer also die Statuten den in Verbindung mit Konzessions- oder Bewilligungserteilung gestellten Bedingungen anpassen. Besonders bei Konzessionserteilungen wird das konzедierende Gemeinwesen um der Publizität willen verlangen, daß auch nicht-aktienrechtliche Konzessionsbestimmungen, Bedingungen und Auflagen in den Statuten enthalten sind¹². Bestimmungen dieser Art wirken dann genau wie die aktienrechtlichen innerhalb der Gesellschaft als objektives Recht. Die Satzung der Gesellschaft stellt sich dann nicht mehr allein als Summe von gleichlautenden, nebeneinanderlaufenden Willenserklärungen von Einzelpersonen – den Aktionären – dar, sondern sie ist zugleich auch einheitliche, verpflichtende Willenserklärung der *Gesellschaft* gegenüber demjenigen Staatswesen, zu dem sie im Konzessionsverhältnis steht. Es gilt dabei aber festzuhalten: *Nur* die AG kann auf Grund der Statutenbestimmungen Ansprüche gegen den einzelnen Aktionär geltend machen. Gegen den einzelnen Aktionär hat der Staat keinen Anspruch, sondern nur gegen die Gesellschaft, kraft Konzessionsvertrag!

Immerhin kann nicht *jede* Bestimmung des Konzessionsvertrages¹³ in den Statuten Aufnahme finden. Es sollten ganz allgemein keine Abmachungen in den Gesellschaftsstatuten enthalten sein, welche nicht zu körperschaftlich-rechtlichen Bindungen werden können, weil sie das

¹⁰ Vergl. hiezu BGE 67 I S. 262 ff.; ferner BGE 51 II S. 333 ff. und BGE II S. 282/83. Die Statuten können insbesondere keine Mitwirkungs- oder Einspracherechte einräumen. Vergl. auch *Leo Schürmann* in ZSR 72, S. 132 a: «... für die Kantone ist die Aufsicht eine rein konzessionsrechtliche; sie können sich ein Aufsichtsrecht *nicht* in den Statuten vorbehalten lassen.»

¹¹ Über deren Grenzen vergl. Anm. 10 und Einleitung, vorne S. 19.

¹² Daneben soll die Darstellung solcher –, außerhalb aktienrechtlichen Zwangs stehender Vorschriften den Behörden die Möglichkeit geben, zu prüfen, ob die durch Gesetz oder Verleihung begründeten Pflichten von den Gründern richtig erfaßt – und durch Übertragung in die Satzung für deren richtige Anwendung gesorgt wurde.

¹³ Oder ev. Bedingungen, die die Bewilligungsbehörde nennt.

Verhältnis der Parteien *zum* Verband regeln¹⁴. Auch nach Eintragung der AG können solche Abmachungen *neben* den Statuten weiterbestehen und gegebenenfalls unter den individualrechtlich Verbundenen Schadenersatzansprüche begründen¹⁵.

C. Notwendige und fakultative Statutenbestimmungen

Man unterscheidet im Aktienrecht gewöhnlich zwischen notwendigen und sogenannt fakultativen Statutenbestimmungen¹⁶. Notwendige Statutenbestimmungen sind dabei diejenigen, welche zum obligatorischen Inhalt *jeder* AG-Satzung gehören und in Art. 626 des OR zusammengefaßt sind, – als «fakultative» Bestimmungen bezeichnet man diejenigen, welche laut OR 627 und 628 in die Statuten aufgenommen werden müssen. Es handelt sich also im Grunde genommen auch bei diesen um *notwendigen* Statuteninhalt, weshalb eine Abgrenzung dieser Art eher unmotiviert erscheint.

Bei der «AG m. bes. Char.» wird eine Unterscheidung zwischen notwendigen und fakultativem Statuteninhalt noch problematischer. Die für diese Unternehmen in Betracht fallenden öffentlich-rechtlichen Rechtssätze enthalten vielfach zwingende Bestimmungen, welche an sich – nach Aktienrecht – «fakultativ» sind. Von außen her wird also an die Gründer einer «AG m. bes. Char.» der Zwang zur Aufnahme von obligatorischen Statutenbestimmungen herangetragen, die nach Aktienrecht fakultativ wären; *eine an sich fremde Rechtsquelle bewirkt, daß die Statuten einen vorgeschriebenen Inhalt annehmen*.

Diese Überlegungen zeigen, wie verwirrend die an sich unrichtige –, aber in der Literatur sehr verbreitete Unterscheidung von notwendigen und «fakultativen» Statutenbestimmungen auch im Rahmen unserer Darstellung wirken müßte. Wir werden denn als fakultative Bestimmungen – im Sinne des Wortes – nur noch diejenigen bezeichnen, die in die Statuten aufgenommen werden, ohne daß hiezu irgendwelcher Zwang – weder aus Aktienrecht noch aus öffentlichem Recht – besteht; es sind dies Statutenbestimmungen, die der, den Gründern einer besonders gearteten AG durch Aktienrecht und öffentliches Recht noch vorbehaltenen *Autonomie* entspringen¹⁷.

¹⁴ So z. B. die Zusicherung von Direktionssitzen, Abmachungen über zu erstellende Bauten usw.

¹⁵ *Sieglwart*, V 5 a, S. 260 N. 46 und S. 204, N. 8/9.

¹⁶ Vergl. *Guhl*, S. 459.

¹⁷ So etwa Vorschriften, die als Anweisung an die Organe aufzufassen sind,

II. Die einzelnen, nach Aktienrecht absolut notwendigen Statutenbestimmungen

A. Firma

Mit der *Firmabezeichnung* erregt ein Unternehmen im allgemeinen die erste Aufmerksamkeit der breiteren Öffentlichkeit; die Firmabezeichnung dominiert in Inseraten, Prospekten und anderem Werbematerial. Ein konsequenter Schutz der Öffentlichkeit verlangt, daß bereits die Firmabezeichnung jeden Irrtum über das hinter ihr stehende Unternehmen ausschließt.

Die allgemeinen Vorschriften des Firmenrechtes hatten diesem Postulat zu entsprechen. Sie genügen auch den besonderen Schutzbedürfnissen bei denjenigen Unternehmen, die Gegenstand unserer Betrachtung sind. Nur wenige Spezialnormen des öffentlichen Rechts nehmen deshalb auf die Firmabezeichnung der «AG m. bes. Char.» Bezug:

Die dem *Bankengesetz* unterstehenden und bewilligten Banken und Sparkassen – und nur diese – dürfen nach Art. 1 Abs. 3 und Art. 15 Abs. 1 des BkG in der Firma die Bezeichnungen «Bank» oder «Sparen» enthalten.

Im allgemeinen sind nationale oder *territoriale Bezeichnungen* nicht zugelassen¹⁸. Bahn-, Elektrizitätswerk-, Bank- und andere Gesellschaften, deren Geschäftstätigkeit sich über große Gebiete ausdehnt, werden sich mit Vorteil beim eidgenössischen Handelsregisteramt um die Bewilligung einer territorialen Firmabezeichnung bemühen, was nicht nur allein ihre Kreditwürdigkeit erhöht, sondern bei Unternehmen, welche Aufgaben im Interesse der Öffentlichkeit übernommen haben¹⁹, geradezu angebracht erscheint. Die VVO zum *Pfandbriefgesetz* präjudizierte einen diesbezüglichen Entscheid des Handelsregisteramtes, indem sie in Art. 1 den Anstalten gestattete, in ihre Firma die Bezeichnung «schweizerisch» aufzunehmen.

Die Firma der *Bausparkassen* muß den Charakter des Unternehmens als «Kreditkasse mit Wartezeit» kenntlichmachen²⁰. Die bestehenden

wie z. B. die in Bankstatuten oft vorhandenen Vorschriften über die Kreditgewährung. Vergl. v. *Steiger*, Aktienrecht, S. 39.

¹⁸ HReg. VO Art. 45 und 46.

¹⁹ Bei Bahn-, Elektrizitätswerksunternehmen.

²⁰ Kreditkassen-VO Art. 7, Abs. 1: «In der Bezeichnung der Kassen ist ihr Charakter als Kreditkasse mit Wartezeit ersichtlich zu machen.»

Institute haben dementsprechend alle der Firmabezeichnung das «Kreditkasse mit Wartezeit» beigefügt²¹.

B. Sitz

Seine Festsetzung ist nach geltendem Aktienrecht den Gründern vorbehalten. Er muß einzig eine «sachlich beachtenswerte, tatsächliche Beziehung zum Betrieb der AG» haben²².

Für konzessionierte Aktienunternehmen beschränkt sich die Freiheit der Gründer in bezug auf die Sitzbestimmung auf ein Vorschlagsrecht. Die Verleihungsbehörde ist daran interessiert, daß das Unternehmen, dem sie die Erwerbstätigkeit durch die Konzession erst ermöglichte, und dem sie vielleicht mit Hilfsmitteln beistand, nicht plötzlich etwa aus steuertechnischen Gründen in eine andere Gemeinde abwandert und sie damit nicht nur um Steuereinnahmen usw. kommen läßt, sondern auch ihr in der Konzession vorbehaltenes Aufsichtsrecht illusorisch macht. Darum setzt das Gemeinwesen den Sitz der Gesellschaft zwingend in der Konzession fest²³.

Man wird sich wohl darauf beschränken, *einen* Gesellschaftssitz festzulegen, wiewohl auch mehrere Sitze zulässig sein sollen²⁴. Akut könnte die Frage, ob nicht mehrere Gesellschaftssitze vorzusehen seien, immerhin bei Bahn- oder Elektrizitätsunternehmen sein, an deren Betrieb ja meistens mehrere Gemeinwesen interessiert sind.

Es liegt im Sinne eines vermehrten Schutzes der Öffentlichkeit, wenn der Gesetzgeber Vorschriften aufstellt, die dem durch die Gesellschaft geschädigten Dritten erleichtern sollen, diese ins Recht zu fassen. So hat er statuiert, daß Eisenbahnunternehmen in den durch ihre Linien berührten Kantonen zusätzlich ein *Rechtsdomizil* zu verzeigen haben²⁵. Das gleiche gilt für Versicherungsgesellschaften. Sie müssen in denjenigen Kantonen, in denen sie Geschäfte betreiben, ein Rechtsdomizil aufweisen²⁶.

²¹ Vergl. *Stamm*, S. 22.

²² *Siegwart*, V 5 a, S. 208, N. 21.

²³ EBG Art. 8, Abs. 1: «Der Sitz der Gesellschaft wird jeweilen in der Konzession bestimmt.»

²⁴ *Siegwart*, V 5 a, S. 209 N. 23.

²⁵ EBG Art. 8 Abs. 2: «Die Gesellschaften haben aber in jedem durch ihre Unternehmung berührten Kantone ein Domizil zu verzeigen, an welchem sie von den betreffenden Kantonseinwohnern belangt werden können.»

²⁶ VAG Art. 2 Abs. 4.

Diese Vorschriften erfüllen ihren Zweck nur, wenn verlangt wird, daß die Rechtsdomizile der Gesellschaft in gleichem Maße wie ihr Sitz publik gemacht werden. Die Angabe der Rechtsdomizile hat u. E. zum unbedingten Statuteninhalt zu gehören²⁷.

C. Dauer

Die *Dauer* einer AG gilt als unbeschränkt, wenn die Statuten keine anderslautende Bestimmung aufweisen. Es erhebt sich die Frage, ob nicht bei konzessionierten Unternehmen die Gesellschaftsdauer auf den Ablauf der Konzession zu beschränken sei. Entgegen der Ansicht von *F. Heß*²⁸ glauben wir, daß dazu keine Notwendigkeit besteht. Bahn- und Elektrizitätsgesellschaften – in praxi ganz besonders die letzteren – beteiligen sich mit fortgeschrittener Amortisation ihrer eigenen Anlagen gewöhnlich an weiteren Werken, deren Konzessionen in einem späteren Zeitpunkt ablaufen. Um nachträgliche Statutenänderungen zu vermeiden, muß – wenn die Gesellschaft solange arbeiten will als sie arbeiten kann – die Dauer des Unternehmens *unbegrenzt* sein. Fallen Konzession oder Bewilligung dahin, so tritt der tatsächliche Auflösungsgrund «wegen Unmöglichwerden des Zweckes» ein²⁹.

D. Zweck und Gegenstand

Unser OR verlangt die Angabe von *Zweck und Gegenstand* in den Statuten der AG. Eine Legaldefinition dieser zwei Begriffe existiert nicht, weshalb ihre Abgrenzung die Gründer einer AG vor Schwierigkeiten stellt³⁰. «Zweck ist das, was die Gesellschaft zu tun und zu erreichen beabsichtigt» definiert *Heß*³¹, während Gegenstand «das gegenwärtige Mittel, mit dem der Zweck erreicht werden soll» darstelle. Das heißt, daß der Zweck «die Möglichkeit der Entwicklung» in sich

²⁷ Nach BGE 18 S. 462 enthielten die früheren –, vom Bunde erteilten Konzessionen keine diesbezüglichen Vorschriften.

²⁸ *Heß*, Genehmigung, S. 37.

²⁹ *Bangerter*, S. 225.

³⁰ Eine Angabe von Zweck und Gegenstand scheint notwendig im Hinblick auf Statutenänderungen (Änderung des Zweckes verlangt nach OR 648 ein Quorum von $\frac{2}{3}$ Stimmenmehrheit, während für Änderung des Gegenstandes nach OR 649 nur absolutes Mehr der Stimmen bei Anwesenheit einer Vertretung von $\frac{2}{3}$ aller Aktien vorausgesetzt wird) und ist von Bedeutung für den Umfang der Vertretungsmacht des Verwaltungsrates. (Vergl. *A. Heß*, in SJZ 35, S. 177.)

³¹ *A. Heß*, in SJZ 35, S. 178.

schließt – wie Siegwart die begrifflichen Unterschiede klarmacht³² – und «künftiges, hypothetisches» bedeutet, während der Gegenstand «reelle, gegenwärtige Größe» ist. Allein, diese Zitate sagen uns wohl, in welcher Richtung eine Unterscheidung zu treffen ist, aber sie verhindern nicht, daß bei gewissen Unternehmen – und wie zu zeigen sein wird, ausgesprochen bei besonders gearteten Aktienunternehmungen – die beiden Begriffe sich *decken*.

Es muß denn in erster Linie interessieren, welche Ansprüche die Praxis, d. h. die Handelsregisterbehörde an die statutarische Unterscheidung von Zweck und Gegenstand stellt. Art. 42 der HRegVO äußert sich nur über den Zweck, welcher «kurz und sachlich» einzutragen sei. Nach *F. v. Steiger*³³ genügt die Angabe einer bestimmten Branche, der die AG ihre Aufmerksamkeit zu widmen gedenkt, mit dem eventuellen Zusatz «und verwandte Geschäfte», um möglichst wenig an den Hauptzweck gebunden zu sein. Die Bestimmung des Aktienrechts, daß auch der Gegenstand festgesetzt werden müsse, sei dahin auszulegen, daß sich die Gesellschaft individualisiere. Gewöhnlich soll sich die Handelsregisterbehörde auch mit *einer* Angabe begnügen, welche als diejenige des Zweckes zu behandeln sei³⁴.

Der *Zweck* einer konzessionierten Unternehmung richtet sich nach dem Gegenstand der Verleihung und wird z. B. in der Ausnutzung eines bestimmten Gewässers oder in der Erstellung einer bestimmten Bahnverbindung bestehen. Mit *Gegenstand* wird etwa anzugeben sein, was für Kraftwerke oder Bahnanlagen erstellt werden sollen. Hochseeschiffahrt- und Luftverkehrsunternehmen werden sich mit einer allgemein gehaltenen Zweckangabe begnügen müssen.

Unternehmen der Elektrizitätserzeugung werden gewöhnlich zusätzlich Tätigkeiten ausüben, die mit ihrem Zweck in engerem oder weiteren Zusammenhang stehen: Bau und Betrieb von Kraftübertragungs- und Verteilungsanlagen, Kauf und Verkauf von elektrischer Energie, Beteiligung an anderen Anlagen usw. Die statutarischen Angaben über Zweck und Gegenstand müssen entsprechend ausgestaltet werden.

Bei bewilligungspflichtigen Unternehmen richtet sich die Zweckangabe in den Statuten nach den sogenannten *Unterstellungsvorschriften*, welche die Spezialgesetze einleiten³⁵. Man wird verlangen müssen,

³² Siegwart, V 5 a, Art. 626 N. 34–35.

³³ v. Steiger, Prüfung, S. 21.

³⁴ Siegwart, V 5 a, Art. 626 N. 32.

³⁵ Art. 1 des BkG; Art. 1 der Kreditkassen-VO; Art. 1 des VAG.

daß die Angaben über den Gesellschaftszweck sofort ersichtlich machen, ob es sich bei der betreffenden Unternehmung um eine der Spezialgesetzgebung unterstellte, bewilligungspflichtige handelt, oder ob die Gesellschaft einer Tätigkeit obliegt, welche keinen gewerbepolizeilichen Einschränkungen unterworfen ist.

Die Angaben über den Gegenstand richten sich bei bewilligungspflichtigen Unternehmen ebenfalls nach den entsprechenden Spezialerlassen. Gewisse Bestimmungen der die Privatunternehmen des *Versicherungswesens* betreffenden Gesetze finden nur auf einzelne Versicherungszweige Anwendung³⁶. Demnach muß aus den Gesellschaftstatuten ersehen werden können, welche Arten von Versicherungen zum Geschäftskreis des Unternehmens gehören³⁷.

Ebenso sind nach Art. 8 der VVO zum BkG der *Aufgabenkreis* – was dem Gegenstand gleichzusetzen ist – der *Bankunternehmung* zu umschreiben, so, daß die Natur des Hauptgeschäftes klar aus den Statuten ersichtlich wird³⁸. Die Geschäftszweige, auf die sich die Tätigkeit der Bank regelmäßig erstreckt, sind ausdrücklich zu bezeichnen; es muß ferner – laut derselben Bestimmung – angegeben werden, ob die Tätigkeit der Gesellschaft vorwiegend lokal, regional oder kantonally begrenzt ist, oder ob sie sich auf die ganze Schweiz oder gar auch auf das Ausland ausdehnt.

Die Legaldefinition der *Kreditkassen* enthält³⁹ nicht alle zur Bestimmung von Zweck und Gegenstand notwendigen Elemente. Da die Kassen nach Art. 3 Abs. 1 der erwähnten VO nur Darlehen gegen grundpfändliche Sicherstellung gewähren dürfen⁴⁰, muß zur Orientierung der Öffentlichkeit auch diese Angabe in den Statuten enthalten sein.

Die Statuten der *Pfandbriefzentrale* und der *Pfandbriefbank* enthalten keine eigentliche Individualisierung nach Zweck und Gegenstand.

³⁶ Sicherstellungsgesetz Art. 31; Kautionsgesetz Art. 41; BRB über die Rechtsschutzversicherung usw.

³⁷ Lebensversicherung, Haftpflichtversicherung, Unfallversicherung, Transportversicherung usw.

³⁸ Insbesondere, ob das Unternehmen eine Handelsbank, ein Bodenkreditinstitut, eine Sparkasse oder eine Finanzgesellschaft ist. Vergl. Graner, S. 142.

³⁹ Kreditkassen-VO Art. 1, Abs. 1: «Als Kreditkassen mit Wartezeit gelten alle Unternehmen, die auf Grund von Verträgen Geldleistungen mehrerer Personen entgegennehmen und diesen Personen hieraus, sowie allenfalls aus anderen Mitteln planmäßig einen Anspruch auf Tilgungsdarlehen einräumen.»

⁴⁰ Nach Abs. 2 desselben Art. können Kantone ev. auch Kassen zulassen, die Darlehen ohne grundpfändliche Sicherheit gewähren.

Nachdem Art. 1 des Pfandbriefgesetzes für die Zentralen eine Zweckbestimmung selbst festsetzte, schien eine andere Umschreibung gar nicht mehr notwendig. Immerhin begnügten sich die Gründer der Pfandbriefzentrale der Kantonalbanken nicht damit, die Zweckumschreibung des Art. 1 einfach zu übernehmen, sondern ließen eine selbständige und umfangreichere Zweckangabe in die Statuten übergehen⁴¹.

E. Namen- und Inhaberaktien

Mit Ausnahme von Art. 22 des neuen Seeschiffahrtsgesetzes⁴² bestehen keine Bestimmungen, welche nach ihrem Wortlaut für die ihnen unterstellten Unternehmen die Ausgabe einer bestimmten Aktienart vorschreiben. Dennoch ist die Gründerfreiheit bei fast allen «AG m. bes. Char.» in der Wahl der Aktienart insofern beschränkt, als im öffentlichen Recht liegende Momente für die Vorherrschaft der einen oder anderen Aktiensorte sprechen.

Das große Kapitalbedürfnis der konzessionierten Unternehmungen verlangt an sich die Ausgabe von *Inhaberaktien*⁴³. Aber ausgerechnet bei diesen Gesellschaften muß der Hauptkapitalanteil — in einem Fall sogar das gesamte Gesellschaftskapital — durch Namenaktionäre gestellt werden:

Der Grund besteht darin, daß sich diese Unternehmen über den *schweizerischen* Charakter des Aktienkapitals ausweisen müssen. Bei den konzessionspflichtigen Gesellschaften handelt es sich ja durchwegs um solche, die sowohl volkswirtschaftlich als auch staatspolitisch gesehen enorm wichtige Aufgaben erfüllen⁴⁴; es muß darum von ihnen jeglicher unerwünschter Einfluß ausländischer Aktionäre ferngehalten werden. Dies kann nur dadurch geschehen, daß über das Aktienbuch der Gesellschaft stets eine Kontrolle der Mitglieder und ihrer Staatszugehörigkeit erfolgt.

Ganz ausgesprochen wichtig ist der Nachweis des rein schweizerischen Charakters der Gesellschaft bei Unternehmen der Hochseeschiffahrt und des Luftverkehrs. Als neutraler Staat werden wir uns selbst und mit eigenen Mitteln — über Territorien kriegerischer Auseinander-

⁴¹ Utz, S. 3.

⁴² Art. 22 Abs. 1: «Alle Aktien müssen auf den Namen lauten.»

⁴³ Inhaberaktien kann der Aktionär jederzeit versilbern; sie ermöglichen ihm zusätzlichen Gewinn durch Spekulationsgeschäfte.

⁴⁴ Man vergegenwärtige sich die Abhängigkeit unserer Industrie von der Elektrizitätsversorgung und dem Transportwesen!

setzungen hinweg – um die Zufuhr von lebenswichtigen Importgütern bemühen müssen. Rücksichtnahme des Auslandes auf unser Eigentum – Flugzeuge und Seeschiffe – verlangt, daß der Nachweis der rein schweizerischen Verfügungsgewalt *jederzeit* erbracht werden kann und im Ausland über diese keine Zweifel aufkommen können. Es genügt nicht, daß in den Gesellschaftsorganen nur Schweizerbürger zugelassen sind; auch das Kapital muß bei Hochseeschiffs- und Luftverkehrs-AG in Schweizerhänden liegen.

In diesem Sinne legifizierte bereits der «BRB über die Seeschifffahrt unter der Schweizerflagge». Das Flaggenrecht wurde nach dessen Art. 6 nur Gesellschaften verliehen, bei denen nach dem Wortlaut der Statuten die Mitgliedschaft nur von Schweizerbürgern, die in der Schweiz wohnhaft sind, oder von Handelsgesellschaften, Körperschaften usw., welche nach Zusammensetzung ihres Kapitals und ihrer Verwaltungsorgane schweizerischen Charakter haben, erworben werden darf.

Ähnlich lautet die entsprechende Bestimmung im neuen BG über die *Seeschifffahrt unter Schweizerflagge*, Art. 20, Abs. 2: Sämtliche Aktionäre der Schiffeigentümer-Gesellschaft müssen Schweizerbürger sein; mindestens drei Viertel aller Aktionäre, welche zusammen mindestens drei Viertel des Grundkapitals besitzen, haben Wohnsitz in der Schweiz aufzuweisen.

Weniger mit Rücksicht auf das Ausland, als auf Grund von Motiven innenpolitischer Natur⁴⁵ muß verlangt werden, daß auch die Elektrizitäts-, Bahn- und Bergwerksunternehmen den Nachweis eines mehrheitlich schweizerischen Kapitalanteils leisten können. Bisher kennen die betreffenden Spezialgesetze keine diesbezüglichen Bestimmungen; sie beschränken sich darauf, in den Gesellschaftsorganen eine mehrheitlich schweizerische Vertretung zu verlangen, welche über die Anforderungen, die OR 711 in dieser Beziehung stellt, hinausgehen.

Bei den *Eisenbahngesellschaften*, welche Linien von über 100 km Betriebslänge betreiben wollen, spricht die Vorschrift von Art. 2 des Stimmrechtsgesetzes⁴⁶ für die Ausgabe von *Namenaktien*. Inhaberaktiönäre besitzen kein Stimmrecht, und nach Abs. 5 des erwähnten Artikels

⁴⁵ Es liegt im Landesinteresse, daß von diesen Unternehmen *jeder* ausländische Einfluß ferngehalten wird. Vergl. Anm. 44.

⁴⁶ Art. 2 Abs. 1: «Das Stimmrecht in der Generalversammlung steht ausschließlich denjenigen Aktionären zu, deren Aktien auf den Namen lauten und seit wenigstens sechs Monaten oder seit dem Entstehen der Gesellschaft auf den betreffenden Namen im Aktienbuch eingetragen sind.»

ist die Umwandlung der Inhaberpapiere in auf den Namen lautende nicht gestattet. Es werden aber kaum Aktionäre auf eines der wichtigsten Mitgliedschaftsrechte – das Stimmrecht – verzichten wollen.

Bei den bewilligungspflichtigen Unternehmen sind es die gesetzlichen Kapitalvorschriften⁴⁷, die indirekten Einfluß auf die vorgesehenen Aktiengattungen ausüben. Inhaberaktien können nur ausgegeben werden, wenn sie voll liberiert sind. Folglich wird man bei all denjenigen Gesellschaften, deren Kapital zur Hauptsache Garantiefunktion hat, auch teilweise einbezahlte Namenaktien ausgeben⁴⁸.

Die Pfandbriefzentralen beschränken ihren Mitgliederkreis auf Kantonalbanken einerseits und Bodenkreditinstitute andererseits (Art. 3 und 4 Pfandbriefgesetz). Ihre Aktien werden wohl kaum an der Börse gehandelt werden⁴⁹. Zur Erleichterung der Kontrolle über die Mitglieder der Zentralen empfiehlt sich ebenfalls die Namenaktie.

F. Organisatorische Bestimmungen

Unter diesem Begriff fassen wir die in OR 626 Ziff. 4–6 aufgezählten, obligatorischen Statutenbestimmungen zusammen. Sie betreffen die Einberufung der Generalversammlung und das Stimmrecht der Aktionäre, – die Organe für Verwaltung und Kontrolle, die Art der Ausübung der Vertretung, – und schließlich die Pflichtaktien, die von der Verwaltung zu hinterlegen sind.

Die entsprechenden Bestimmungen in den Statuten der «AG m. bes. Char.» weisen außergewöhnlichen Inhalt auf. In den Organisationsvorschriften vor allem individualisieren sich die einzelnen Unternehmen dieser Sondergattung unter den Körperschaften.

Das Verständnis der individuellen Gestalt dieser organisatorischen Statutenbestimmungen setzt die Kenntnis der vielfältigen Probleme, die sich durch die Kollision von Interessen der Öffentlichkeit mit denjenigen der Gesellschaftsorgane und der durch sie vertretenen Gesellschaft ergeben, voraus. Wir möchten nicht schon hier auf die Fragen eintre-

⁴⁷ Vergl. vorne S. 70.

⁴⁸ Es betrifft dies vor allem die Pfandbriefzentralen, Versicherungsgesellschaften und Kreditkassen mit Wartezeit; immerhin nur insoweit, als nach dem vorgesehenen Geschäftsumfang und den Verhältnisvorschriften Eigenkapital-Verpflichtungen das Grundkapital höher als das gesetzliche Minimum, (Pfandbriefzentralen 5 Millionen, Kreditkassen m. W. Fr. 100 000) – welches ja voll einbezahlt sein muß – angesetzt wird.

⁴⁹ Brühlmann, Pfandbriefgesetz, S. 41.

ten, die mit der Ausgestaltung der einzelnen Statutenbestimmungen zusammenhängen, sondern die entsprechenden Erläuterungen gesamt- haft in dem den Organen gewidmeten besonderen Kapitel folgen lassen.

III. Aus öffentlichem Recht absolut notwendige Statutenbestimmungen

Die hier gruppierten Statutenbestimmungen sind nach Aktienrecht nur bedingt notwendig, d. h. sie müssen nur in die Satzung aufgenommen werden, wenn sie die Gesellschaft und ihre Mitglieder binden sollen⁵⁰. Da sie aber durch Normen des öffentlichen Rechts zwingend geregelt werden, müssen sie aus Aktienrecht zum *obligatorischen* Statuteninhalt werden⁵¹.

A. Erhöhung der Mindesteinzahlung (OR 627 Ziff.) 5

Nach den aktienrechtlichen Bestimmungen OR 633 Ziff. 1, 635 Ziff. 2 und 638 Ziff. 2 muß bis zur konstituierenden Generalversammlung nur mindestens ein Fünftel des Nennwertes auf jede Aktie einbezahlt werden.

Die Spezialgesetzgebung tritt im allgemeinen den Einlageverpflichtungen mit Mißtrauen entgegen. Die Erlasse statuieren vielfach eine zusätzliche Liberierungspflicht; auch die Konzessionsbehörden machen die Konzessionserteilung zeitweise von einer Volleinzahlung des Gesellschaftskapitals abhängig⁵².

So wird bei Pfandbriefanstalten und Kreditkassen auf das *einbezahlte* Mindestkapital abgestellt⁵³. Bei beiden Gesellschaften wird aber die Unterbringung der Aktien eher schwierig sein⁵⁴. Um das vorgeschriebene Mindestkapital erreichen zu können, werden sich diese Unternehmen gezwungen sehen, weniger Aktien auszugeben und diese dafür höher liberieren zu lassen.

Der BRB über die Rechtsschutzversicherung verlangt, daß der Ein-

⁵⁰ Es sind diejenigen Angaben, die OR 627/28 aufzählt.

⁵¹ Nicht Gegenstand dieser Aufstellung sind die, die Organe betreffenden Bestimmungen. Wir betrachten diese im Kapitel über die «Organe», vergl. hinten S. 99 ff.

⁵² Vergl. betreff. Eisenbahnkonzession: *Siegwart*, V 5 a S. 50 N. 132; *Heß*, Genehmigung, S. 37.

⁵³ Vergl. vorne S. 76.

⁵⁴ Die Aktien dieser Unternehmen werfen keine oder nur geringe Zinse!

zahlungsbetrag mindestens die Hälfte des Aktienkapital-Nennwertes erreichen müsse⁵⁵. Auch bei diesen Unternehmen der Versicherungsbranche wird sich die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die Statuten nicht umgehen lassen.

B. Bestimmungen über Konventionalstrafen (OR 627, Ziff. 6)

Die Androhung von Konventionalstrafen bei nicht rechtzeitiger Erfüllung der Einzahlungspflicht liegt im Sinne aller Bestrebungen, die eine vollständige Deckung des Gesellschaftskapitals bezwecken. Eine Aufnahme solcher Bestimmungen in die Statuten kann darum zur Voraussetzung einer Konzessionserteilung gemacht werden.

Das Versicherungsgesetz verlangt in Art. 2 Ziff. 1 a von den ihm unterstellten Gesellschaften die Angabe, *welche* Vorschriften zur Sicherstellung des nicht liberierten Kapitalanteils aufgestellt wurden. Es wird daher von Vorteil sein, wenn sie auch auf eine Statutenbestimmung verweisen kann, die der Einzahlungspflicht gegenüber den Aktionären Nachdruck verleiht; die Gründer werden deshalb die Statuierung einer Konventionalstrafklausel in Erwägung ziehen.

C. Verbot oder Beschränkung der Übertragung von Namenaktien (OR 627 Ziff. 8)

Sofern die Statuten keine entsprechende Bestimmung enthalten, kann angenommen werden, daß auch Namenaktien nach OR 684 Abs. 1 frei übertragbar sind. Die freie Übertragbarkeit wurde von Silbernagel⁵⁶ gar als *Wesensmerkmal* der AG angesprochen.

Unternehmen, die anlässlich der Gründung ihren schweizerischen Charakter nachzuweisen haben, müssen dafür besorgt sein, daß dieser Status während der ganzen Zeit, da sie unter einer Bewilligung oder Konzession stehen, anhält. Eine enge, persönliche Bindung der Aktionäre an die Gesellschaft wird zur absoluten Notwendigkeit. Eine Übertragung von Aktien kann nur dann zugelassen werden, wenn die Verwaltung die Gewißheit hat, daß in bezug auf Solvenz und Nationalität⁵⁷ der Mitglieder keine unzulässigen Änderungen eintreten.

⁵⁵ Art. 2 Abs. 1: «... Der Einzahlungsbetrag hat wenigstens die Hälfte des Nennwertes des Gesellschaftskapitals und mindestens 100 000 Franken zu betragen.»

⁵⁶ Silbernagel, S. 25.

⁵⁷ Neben Nationalität ev. auch der schweizerische Wohnsitz.

Da das öffentliche Recht den Mitgliederkreis einzelner Unternehmungen beschränkt hat, muß die betreffende Gesellschaft auch eine *Übertragungsbeschränkung* in die Statuten aufnehmen; diese kann einfach statuieren, daß als Aktionäre nur physische oder juristische Personen zugelassen sind, die bestimmten Anforderungen genügen; sie kann aber auch einfach die Zustimmung der Verwaltung zur Übertragung verlangen, wobei die Gründe für eine Verweigerung nicht unbedingt angeführt sein müssen⁵⁸.

Entsprechende Vorschriften sind notwendig in den Statuten von Luftverkehrsunternehmen⁵⁹ und Hochseeschiffahrtsgesellschaften⁶⁰. Bei Eisenbahn- und Elektrizitätswerkunternehmungen hängt die Notwendigkeit der Aufnahme solcher Übertragungskautelen davon ab, ob die Konzessionen über die Mitglieder zwingende Bedingungen aufstellen.

Wurden bereits im Gründungsvertrag feste Abmachungen über die Verteilung der Aktien und die Beschränkung ihrer Übertragbarkeit getroffen⁶¹, so bedarf es ihrer Übernahme in die Statuten, falls sie auch körperschaftliche Geltung erlangen sollen.

Nicht jedermann kann Aktionär der Pfandbriefzentralen werden⁶². Art. 3 und 4 des Pfandbriefgesetzes nennen die Anforderungen, denen die Mitglieder der Zentralen zu genügen haben. Eine entsprechende Übertragungsbeschränkung in den Statuten wäre ein aktienrechtliches Erfordernis⁶³.

Nach *F. von Steiger*⁶⁴ verlangt das eidgenössische Handelsregisteramt, daß bei Gesellschaften, die in ihrer Firma die Bezeichnung «schweizerisch» führen, eine Statutenbestimmung die Übertragbarkeit der

⁵⁸ v. Steiger, Aktienrecht, S. 64; Schucany, Art. 686 Anm. 2; a. A.: Guhl, in SAG 21, S. 34.

⁵⁹ Luftfahrt-VVO Art. 138: Das Aktienkapital muß zu zwei Dritteln Schweizern gehören.

⁶⁰ Seeschiffahrtsgesetz Art. 20 Abs. 2: «Alle Aktionäre einer Aktiengesellschaft ... müssen Schweizerbürger sein.»

⁶¹ Vergl. vorne S. 64.

⁶² Utz, S. 139 ist allerdings der Ansicht, daß auch Publikumsaktionäre zugelassen werden können.

⁶³ Brühlmann, Pfandbriefgesetz, S. 41. Nach Utz, S. 12 zu schließen, wird in den Statuten der Zentralen diesem aktienrechtlichen Grundsatz nicht nachgelebt. Die Statuten der Pfandbriefzentrale der Kantonalbanken enthalten keine diesbezügliche Vorschrift, diejenige der Pfandbriefbank ermangelt einer klaren Formulierung.

⁶⁴ v. Steiger, Aktienrecht, S. 136.

Aktien auf Schweizerbürger und schweizerische Handelsgesellschaften beschränkt.

Übertragungsbeschränkungen wirken nur auf rechtsgeschäftliche Übertragungen. Erfolgt eine Übertragung durch Erbgang, Zwangsvollstreckung oder aus ehelichem Güterrecht, so tritt das Übertragungsverbot nach OR 686 Ziff. 4 grundsätzlich zurück⁶⁵. Da bei rein schweizerischen Unternehmen – vor allem solchen der Luft- und Seeschifffahrt – eine Abwanderung der Aktien an Ausländer unter allen Umständen vermieden werden muß, werden solche Gesellschaften neben der Übertragungsbeschränkung noch ein gesetzliches *Vorkaufsrecht* der Gesellschaftsmitglieder oder der Organe – im Sinne von OR 686 Ziff. 4 – in die Statuten aufnehmen.

D. Reserven

Art. 671 unseres OR statuiert den sogenannten *gesetzlichen* Reservefonds. Mit noch zu erwähnenden Ausnahmen haben diesen *alle* Aktienunternehmen kraft Aktienrecht zu äufnen. Die Statuten brauchen folglich nicht auf ihn zu verweisen.

Reserven sind für die Erhaltung des Aktienkapitals von außerordentlicher Bedeutung. Sie sind «Bollwerk» vor dem Grundkapital, indem sie zu seinem Schutze betriebsgefährliche Ereignisse, wie überraschender Konjunkturrückgang usw. parieren⁶⁶. Die Sicherungsfunktion der Reserven hat auch der öffentlich-rechtliche Gesetzgeber erkannt und deshalb Reservebestimmungen zum Inhalt seiner Erlasse gemacht:

Immerhin bringt das Aktienrecht *selbst* in OR 671 Abs. 5 — entgegen allen sicherungstheoretischen Überlegungen — den konzessionierten Transportanstalten gar eine Befreiung von der gesetzlichen Reservepflicht aus Aktienrecht. Richtigerweise haben sich die Konzessionsbehörden in praxi nicht daran gehalten und zur Deckung von Elementarschäden und Betriebsdefiziten stets die Äufnung von Reserven in der Konzession *verlangt*⁶⁷. Als durch eine Bestimmung des öffentlichen Rechts zwingend verlangter *statutarischer* Reservefonds, muß dieser in der Gesellschaftssatzung vorgesehen sein (OR 672), ansonst er für die Aktionäre nicht verbindlich wäre.

⁶⁵ Vergl. *Guhl*, in SAG XIII, S. 29 ff.

⁶⁶ *Boßard*, S. 41.

⁶⁷ Nach *F. Heß*, S. 41: Einlage je 5 % vom Reinertrag, bis der Fonds 10 % des Aktienkapitals erreicht.

Der Entwurf zum neuen Eisenbahngesetz sieht in Art. 68 für alle Bahngesellschaften eine Reservepflicht vor, die weit höhere Hinterlagen als die in OR 671 vorgeschriebenen verlangt⁶⁸.

Kapitalreserven sind ganz besonders bei Versicherungsunternehmen angebracht. Die Kontrolle des Bundesrates⁶⁹ erstreckt sich ja bei solchen Gesellschaften vermehrt auf die materiellen Indizien größtmöglicher Solidität. (Art. 3 VAG.) Er wird eher zur Erteilung einer Bewilligung zur Geschäftsausübung neigen, wenn das Unternehmen in den Statuten vermehrte Reserven vorsieht⁷⁰. Nach OR 671 Ziff. 6 treten dabei die vom Bundesrat festgesetzten Reservepflichten an Stelle der sogenannten gesetzlichen Reserve. Um für die Aktionäre verbindlich zu sein, bedürfen sie trotzdem der Aufnahme in die Statuten.

Das Bankgesetz wiederholt in Art. 5 die in OR 671 festgelegte Reservepflicht für die ihm unterstellten Unternehmen. Wollen die Gründer keine zusätzliche Reserveäufnungen als für die Aktionäre verbindlich erklären, so muß die Satzung der Bankgesellschaft eine Erwähnung der Reservepflicht *nicht* enthalten⁷¹.

Bewertungskonten dienen im Unterschied zu den eigentlichen Reservefonds nicht zur Deckung künftiger Verluste und Risiken, sondern dem Ausgleich bereits bestehender Verluste oder Entwertungen⁷². Auch sie bezwecken die Erhaltung des Aktienkapitals, schmälern auf der anderen Seite aber die Dividendenansprüche des Aktionärs. Diese Konten sind in den Statuten zu bezeichnen.

Von Gesetzes wegen müssen Bahngesellschaften einen sogenannten

⁶⁸ Vom Reingewinn jährlich 10 %, bis der Fonds 30 % des einbezahlten Aktienkapitals erreicht hat, zur Deckung von Bilanzverlusten. Nach Abs. 2 sind abweichende Bestimmungen in der Konzession vorbehalten.

⁶⁹ Resp. das Eidgenössische Versicherungsamt als dessen Mandatarin.

⁷⁰ *Englich*, S. 50 ff. nennt folgende Spezialreserven, die in Statuten von Versicherungsges. erscheinen können: Erweiterungsreserve: Damit später keine kostspielige Grundkapitalerhöhung vorgenommen werden muß; Selbstversicherungsreserve: Assekuranzfonds statt Rückversicherung bei Dritten; Dividendenergänzungsreserve: Ermöglicht gleichmäßige Dividendenzahlungen, was im Interesse besserer Kreditfähigkeit liegt und die Aktien zur Zulassung an der Börse geeigneter macht.

Effektenverlustreserve: Es handelt sich um keine echte Reserve. Sie ist den Bewertungskonten gleichzusetzen.

⁷¹ Weil auch für Bank-AG eine aktienrechtliche Reservepflicht kraft OR 671 besteht.

⁷² v. *Steiger*, Aktienrecht, S. 243.

Erneuerungsfonds statuieren⁷³. Die Ansätze für die jährlichen Einlagen sind vom Bundesrat festgesetzt⁷⁴.

Lebensversicherungsgesellschaften haben einen *Sicherungsfonds* aufzuweisen⁷⁵, dessen Sollbetrag sich nach dem Stand der Versicherungsverträge richtet und dementsprechend dotiert sein muß⁷⁶. Für einzelne Gruppen von Versicherungen kann der Bundesrat besondere Fonds vorschreiben⁷⁷. Unternehmen, welche die Rechtsschutzversicherung betreiben, haben einen sogenannten *Organisationsfonds* zu äufnen. (BRB über die Rechtsschutzversicherung Art. 2 Abs. 2.)

IV. Statutenbestimmungen, die aus besonderen wirtschaftlichen Bedürfnissen der «AG m. bes. Char.» notwendig werden

Die im Interesse der Öffentlichkeit aufgestellten Spezialvorschriften beengen nicht nur ganz allgemein die Gründerautonomie durch ihren zwingenden Charakter. Sie beschränken zudem – wenn auch ungewollt – ganz besonders die *Existenzfähigkeit* der von einer Betriebskonzession abhängigen Unternehmen. Ihr Einfluß zwingt die Gründer, im Interesse der Existenzmöglichkeiten der AG zusätzliche körperschaftsverbindliche Regelungen zu treffen; mit anderen Worten bedingt die besondere wirtschaftliche Stellung der konzessionspflichtigen AG eine entsprechende Ausgestaltung der Statuten.

Es sei beispielsweise auf die *Heimfall-* und *Rückkaufsbestimmungen* verwiesen, die zum Inhalt wohl jeder Wasserrechtskonzession, oft auch der Eisenbahnkonzessionen gehört. Sie bringen der AG eine Wertverminderung der Kapitaldeckung. Um dem Grundsatz der Erhaltung des Aktienkapitals entsprechen zu können, sehen sich die Gründer gezwungen, neben einem Erneuerungsfonds zusätzlich einen Anlagekapital-Tilgungsfonds⁷⁸ zu schaffen. Da damit das Dividendenrecht des Aktionärs beschränkt werden muß, sind solche Spezialreserven in den Gesellschaftsstatuten zu verankern.

⁷³ Rechengesetz Art. 11, Abs. 1: «Für die einer wesentlichen Abnützung unterworfenen Anlagen und Einrichtungen ... ist ein Erneuerungsfonds anzulegen; ...»

⁷⁴ «Reglement über den Erneuerungsfonds der Privatbahnen».

⁷⁵ Sicherstellungsgesetz Art. 1: «Jede inländische Lebensversicherungsgesellschaft ... hat die Ansprüche aus den von ihr abgeschlossenen Lebensversicherungen durch einen Fonds (Sicherungsfonds) sicherzustellen.»

⁷⁶ Versicherungs-Aufsichts-VO Art. 3.

⁷⁷ Sicherstellungsgesetz Art. 1 Abs. 2.

⁷⁸ Oft auch als Heimfallfonds oder einfach als Tilgungsfonds bezeichnet.

Kraftwerk- und Bahnbauten ziehen sich bis zu ihrer Fertigstellung und Betriebsbereitschaft oft über einige Jahre hinweg. Aktionäre könnten für solche Unternehmen nur schwerlich gewonnen werden, müßten sie sich bis zur ersten Dividendenzahlung auf die Inbetriebsetzung der Anlagen gedulden. Die Gründer werden deshalb von der durch OR 676 gebotenen Möglichkeit Gebrauch machen, und in den Statuten *Bauzinsen* zu Lasten des Anlagekontos vorsehen; die Höhe und Dauer solcher Zahlungen ist dabei nach OR 676 zum voraus festzusetzen.

Die Bezahlung von Bauzinsen während längerer Zeitdauer kann eine beträchtliche Verminderung des Gesellschaftsvermögens unter den Betrag des Grundkapitals zur Folge haben; die aus ihr erwachsende Gefährdung der Öffentlichkeit darf ganz besonders bei der «AG m. bes. Char.» nicht unterschätzt werden. Es muß denn *Schmid*⁷⁹ beigestimmt werden, der dafür eintritt, daß in den Statuten solcher Gesellschaften für Bauzinsen eine kurze *Amortisationsfrist* vorgesehen werde.

§ 7 Die Bestellung der Organe

I. Die Generalversammlung

A. Wesen und Bedeutung

Entsprechend den im Aktienrecht vorherrschenden demokratischen Prinzipien steht die Generalversammlung als «Organ der Gesellschafter» an höchster Stelle der Organhierarchie. Sie ist diejenige Instanz, in der die Aktionäre einen gewissen Einfluß auf die Entwicklung und Tätigkeit der AG ausüben können und in der – abstrakt ausgedrückt – die Einzelwillen der Gesellschaftsmitglieder kundgetan werden¹. Die Aktionäre bestimmen dabei in der Generalversammlung nicht nur über die Rechte und Pflichten der *Gesellschaft*, sondern auch über *ihre* Rechte und Pflichten gegenüber dem Unternehmen. Die Generalversammlung hat als Organ der Gesellschafter theoretisch die weitgehendsten Kompetenzen; sie entscheidet nicht nur über Bestand oder Untergang der Unternehmung überhaupt, sondern weist dieser auch die Richtung ihrer Funktion und Tätigkeit im Wirtschaftsleben.

Die eigentlichen Gesellschaftsorgane — Verwaltung und Geschäftsführung – welche dem Gesellschaftswillen Ausdruck zu geben haben,

⁷⁹ *Schmid*, S. 97.

¹ *Munzinger*, *Motive*, S. 140.

stehen denn in einem *Abhängigkeitsverhältnis* zur Generalversammlung; sie, wie auch das Kontrollorgan, werden durch die Generalversammlung bestellt und abberufen. Diese Befugnis gehört zum Wesen der AG und ist damit prinzipiell unübertragbar².

Die Generalversammlung hat in der Praxis nicht mehr die Bedeutung, die ihr formell zukommt. Die Hauptlast des Gesellschaftslebens ruht auf der *Verwaltung*, weil in ihr ein elastisches Organ besteht, das sich allein den verschiedenen wirtschaftlichen Bedürfnissen einer Aktienunternehmung jederzeit anzupassen versteht. Da die Verwaltung primär die Geschäftstätigkeit der AG in der Hand hat und die Unternehmung nach außen vertritt, wendet sich denn das Staatswesen in der Spezialgesetzgebung hauptsächlich an diese, um seine Ansprüche durchzusetzen.

Immerhin bleiben auch Rechte und Pflichten der Generalversammlung vom öffentlichen Recht nicht unbeeinflusst: In ihrer Funktion als Wahlorgan wird sie beschränkt durch das in zahlreichen Erlassen dem Staatswesen vorbehaltene Recht, unabhängig von der Generalversammlung eigene Vertreter in Verwaltung und Kontrollstelle zu ernennen. Ihrer Bedeutung wird nicht zuletzt in außerordentlichem Maß Abbruch getan durch die diktatorische Vorschrift Art. 8 des Stimmrechtgesetzes, welche die Behörden berechtigt, Generalversammlungsbeschlüsse, welche «wichtige öffentliche Interessen verletzen oder gefährden», kurzerhand als *ungültig* zu erklären.

Die besonderen Probleme, die sich im Zusammenhang mit der Generalversammlung einer «AG m. bes. Char.» ergeben, können an dieser Stelle nur insofern interessieren, als sie bei der Gründung des Unternehmens zu berücksichtigen sind. Mit anderen Worten haben wir unser Augenmerk vornehmlich auf Fragen zu richten, welche mit der *konstituierenden* Generalversammlung, die den Gründungsakt der AG nach innen erst beschließt, zusammenhängen. Für sie gelten aber im allgemeinen die für die Generalversammlung bestehenden Rechtssätze³ des Aktienrechts, sowie die die Generalversammlung betreffenden Bestimmungen des Statutenentwurfes.

Die Obliegenheiten der konstituierenden Generalversammlung entsprechen auch bei Gründung einer besonders gearteten Aktienunternehmung den Vorschriften des Aktienrechts; es handelt sich bei der konstituierenden Generalversammlung um ein rein privatrechtliches Institut des Ge-

² *Guhl*, S. 494.

³ Insbesondere betreffend Einberufung, Beschlußfassung und Befugnisse.

sellschaftsrechtes. Dies gilt es im Hinblick auf die im folgenden abzuklärende Frage festzuhalten:

Voraussetzung einer Bewilligungserteilung kann – wie wir später zeigen werden ⁴ – die behördliche Überprüfung und Genehmigung der Statuten sein. Die Meinungen über die Bedeutung der Statutengenehmigung für die konstituierende Generalversammlung gehen auseinander. Ist dieser auch die erteilte Genehmigung vorzulegen und muß bei Sukzessivgründung über deren Vorliegen im Sinne von OR 635 Beschluß gefaßt werden?⁵

Entgegen Graner⁶, der diese Notwendigkeit im Falle von Bankgründungen annimmt, glauben wir, daß die konstituierende Generalversammlung auf die erteilte Genehmigung nicht Bezug nehmen muß. Läßt sich Gegenteiliges schon weder aus Aktienrecht noch aus öffentlichem Recht ableiten, muß man sich vor Augen halten, daß die Statutenprüfung rein im Interesse der Öffentlichkeit erfolgt. Die Statuten werden in bezug auf die Zulässigkeit ihres Inhaltes vom Standpunkt des *Staates* – als Inhaber der Polizeigewalt oder Monopolmacht⁷ – aus geprüft. Zu einem *aktienrechtlichen* Gründungsakt kann die Statutengenehmigung keine Beziehung haben.

B. Einberufung

Nach OR 626 Ziff. 4 haben die Statuten auch Angaben über die *Einberufung* der Generalversammlung zu enthalten. Die Generalversammlung ist ja einzige Instanz, in der die Aktionäre ihr Mitverwaltungsrecht ausüben können; sie haben deshalb auch ein besonderes Interesse daran, aus der Satzung zu erfahren, auf welche Weise diese einberufen wird^{8, 9}.

Das *Einberufungsrecht* muß nach den Vorschriften des OR der Verwaltung, der Kontrollstelle, den Liquidatoren und den Vertretern der

⁴ Vergl. hinten S. 119 ff.

⁵ Ein diesbezüglicher Beschluß hätte sowohl bei Sukzessiv- als auch bei Simultangründung in der öffentlichen Gründungsurkunde zu erscheinen. (OR 639).

⁶ Graner, S. 148.

⁷ Auch die Eisenbahn-AG hat ihre Statuten noch vor dem Baubeginn durch den Bundesrat genehmigen zu lassen. Vergl. EBG Art. 7; auch der Vorentwurf zum neuen EBG sieht die Statutengenehmigung in Art. 15 vor.

⁸ v. Steiger, Aktienrecht, S. 50.

⁹ Gebunden sind die Gründer hierbei an die zwingenden Bestimmungen von OR 689 und 700: Mindestens eine Generalversammlung pro Jahr; Einberufung mindestens 10 Tage vorher; Angabe der Verhandlungsgegenstände u. a.

Anleihensgläubiger zugestanden werden. Die Einberufung kann nach positivem Aktienrecht auch von Aktionären, welche mindestens einen Zehntel des Grundkapitals vertreten, verlangt werden¹⁰.

Nur die Generalversammlung soll über gewisse, die gesamte Unternehmung interessierende Angelegenheiten entscheiden können. Wenn das öffentliche Recht diesem aktienrechtlichen Grundsatz Rechnung tragen will, darf es sich nicht mit diktatorischen Vorschriften über das der AG eigene Selbstbestimmungsrecht hinwegsetzen. Einzelne Spezialerlasse haben dem Rücksicht getragen und ihre aufsichtstechnischen Bestimmungen dem System des Aktienrechts angepaßt: Die Aufsichts- oder Bewilligungsbehörde darf von der Generalversammlung verlangen, daß sie sich mit einer bestimmten, auch im öffentlichen Interesse liegenden Angelegenheit befasse; die Entscheidung selbst beläßt sie aber diesem Gesellschaftsorgan. Der Behörde wird kraft öffentlichem Recht ein *Einberufungsrecht* zuerkannt, welches neben dasjenige der Verwaltung, Kontrollstelle oder der Liquidatoren tritt. Die Aufforderung zur Einberufung der Generalversammlung wird die berechnete Behörde unter Androhung von Ordnungsbußen im Nichtbefolgungsfalle an die Verwaltung erlassen und sich nur bei Unmöglichkeit dieses Vorgehens direkt an die Aktionäre wenden.

Die Einberufung der Generalversammlung einer *Versicherungsgesellschaft* kann verlangt werden, wenn die Forderungen der Berechnigten gefährdet sind oder Sanierungsmaßnahmen fällig werden¹¹. Ebenso steht bei *Kreditkassen-AG* die Einberufungskompetenz dem beim Finanz- und Zolldepartement eingerichteten Aufsdienst in gewissen, vom Gesetz aufgezählten Fällen zu¹². Auch die Einberufung der General-

¹⁰ OR 689 Ziff. 3.

¹¹ Kautionsgesetz Art. 14 Abs. 1: «Erscheinen bei einer inländischen Gesellschaft die Interessen der Forderungsberechnigten gefährdet, so fordert der Bundesrat die Gesellschaft auf, die zum Zwecke der Sanierung erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Er kann die Einberufung einer Generalversammlung verlangen und sich in dieser vertreten lassen.» Heute entscheidet nicht mehr der Bundesrat, sondern das Justiz- und Polizeidepartement. Sicherstellungsgesetz, Art. 15 Abs. 2: «Der Bundesrat ist befugt, die Einberufung einer Generalversammlung ... zu verlangen. Er kann sich bei den Verhandlungen der Gesellschaftsorgane über diese Maßnahmen vertreten lassen.»

¹² Kreditkassen-VO Art. 46 Abs. 3: «Der Aufsdienst ist befugt, die Einberufung der zur Beschlußfassung über die Sicherungsmaßnahmen zuständigen Organe der Kasse zu verlangen. Er kann sich bei diesen Verhandlungen vertreten lassen.»

versammlung einer *Bank-AG* kann unter Umständen von einer außerhalb der Gesellschaft stehenden Instanz verlangt werden¹³.

Es werden mit diesen Bestimmungen keine Aktionärsrechte beschränkt. Es ist deshalb auch nicht notwendig, daß das auf Grund der Spezialerlasse Drittinstanzen zuerkannte Einberufungsrecht in den Gesellschaftsstatuten verankert wird; die entsprechenden Bestimmungen wirken als *lex specialis* zu OR 699 Ziff. 3 aus Aktienrecht. Immerhin hat die Einberufung auch in solchen Fällen *formgemäß*, d. h. entsprechend den gesetzlichen und eventuellen statutarischen Vorschriften zu erfolgen.

Von diesem Grundsatz kann bei Bahngesellschaften, welche dem Stimmrechtsgesetz unterstehen insofern abgewichen werden, als die Einberufung kraft Art. 4 des Gesetzes¹⁴ durch bloße öffentliche Bekanntmachung erfolgen kann.

C. Stimmrecht

OR 626 Ziff. 4 schreibt vor, daß die Statuten auch Angaben über das *Stimmrecht* der Aktionäre zu enthalten haben. Dieses kann durch die Gründer im Rahmen von OR 692–695 ausgestaltet werden. Als «schlechthin unentziehbares Recht»¹⁵ steht dem Aktionär nicht nur die Teilnahme an der Generalversammlung zu, sondern auch das Recht auf ein Mindestmaß der Mitverwaltung. Er hat Anspruch auf Zuteilung mindestens einer Stimme. Dieser Anspruch beginnt sofort mit erfolgter Einzahlung des gesetzlichen oder statutarischen Betrages; bei Übertragung von Aktien mit der Anerkennung als neues Mitglied durch die Gesellschaft.

Das Stimmrechtsgesetz für Eisenbahnen rührt auch an diesen Grundfeilern des Aktienrechts. Unter dem Eindruck von Mißständen bei

¹³ Bankengesetz Art. 23 Abs. 3 Al. 1: Die Bankenkommision hat, wenn sie von Gesetzesverletzungen oder sonstigen Mißständen Kenntnis erhält «... der betreffenden Bank eine Frist zur Behebung der Mißstände anzusetzen oder die entsprechenden administrativen oder gerichtlichen Schritte einzuleiten.» Nach *Brühlmann*, Bankengesetz S. 126 kann mit der Frist die Aufforderung verknüpft werden, eine Sitzung des Verwaltungsrates oder eine Generalversammlung einzuberufen!

¹⁴ Stimmrechtsgesetz Art. 4: «Die in Art. 641 (heute OR 696 Abs. 4) vorgesehene Anzeige an die Aktionäre kann auch an die Inhaber von Namenaktien durch bloße Einrückung in diejenigen öffentlichen Blätter erfolgen, welche für Bekanntmachungen dieser Art bestimmt sind.»

¹⁵ *G. Weiß*, in *SJZ* 39, S. 515.

einem einzigen Bahnunternehmen glaubte man sich berechtigt, durch öffentlich-rechtliches Legiferieren im Interesse des Staates sogar das Aktienrecht überhaupt in Frage stellen zu können. Es ist denn auch nicht verwunderlich, daß dieses Vorgehen des Bundes die Kritik namhafter Juristen nach sich zog¹⁶.

In der Generalversammlung der diesem Gesetz unterstellten Bahn-AG sind nur die Namenaktionäre stimmberechtigt; die Inhaberaktionäre sind von jeder Mitwirkung bei der Beschlußfassung ausgeschlossen¹⁷. Werden Namenaktien erworben, so beginnt das Stimmrecht des neuen Aktionärs erst, wenn er seit mindestens sechs Monaten im Aktienbuch der Gesellschafter als Erwerber eingetragen ist, d. h. erst sechs Monate nach Erlangung der Mitgliedschaft an der AG¹⁸. Wo in den Statuten oder im Gesetz bei Behandlung der Beschlußfassung von Bruchteilen des Aktienkapitals die Rede ist, darf darunter nur das *stimmberechtigte* Kapital verstanden werden¹⁹. Man wird verlangen müssen, daß diese durch das Stimmrechtsgesetz hervorgerufenen Sonderregelungen in die Statuten der betreffenden Gesellschaften übergeführt werden. Dies scheint nicht nur allein aus rein aktienrechtlicher Logik notwendig, sondern entspricht auch dem Publizitätsbedürfnis gegenüber zukünftigen Aktionären.

Die Unterscheidung zwischen Namen- und Inhaberaktionären beschränkt sich nach dem Sinn des Stimmrechtsgesetzes auf die *Stimm*-berechtigung. Den Inhaberaktionären verbleibt immerhin das Recht zur Teilnahme an der Generalversammlung und die Befugnis, Anträge

¹⁶ Eugen Curti: «Neue Irrwege der schweizerischen Eisenbahnpolitik» in «Schweizer Zeitfragen», 1895 Heft 26. Der Autor findet volle Unterstützung durch ZSR 36, S. 468. Curti fragt auf S. 7: «Weshalb soll gerade für die Eisenbahn-AG und nur für diese das OR durchbrochen werden? Es fehlt an jedem zureichenden Grund für die auffallende Beschränkung. Betrachtet man aber die geltende Gesetzgebung als ungenügend und lückenhaft, dann muß dies für alle AG zutreffen, gleichviel, ob eine Maschinenfabrik, eine Eisenbahn, Bank oder Versicherungsanstalt Gegenstand des Betriebes bildet.»

¹⁷ Stimmrechtsges. Art. 2.

¹⁸ Stimmrechtsges. Art. 2 Abs. 2: Wurden die Aktien durch Erbschaft oder Vermächtnis erworben, so wird die Zeit angerechnet, während der sie im Besitze des Vorgängers waren.

¹⁹ Stimmrechtsges. Art. 14 Abs. 2: «Überall, wo in einem Bundesgesetz oder in den Statuten von einem Bruchteil des Aktienkapital gesprochen wird, ist darunter das stimmberechtigte Aktienkapital zu verstehen.» Von Bedeutung ist diese Vorschrift bei der Berechnung von allfällig vorgesehenen qualifizierten Mehr anlässlich von Beschlußfassungen in der Generalversammlung.

und Motionen zu stellen. Diese Rechte bestehen *neben* dem Stimmrechtsgesetz aus Aktienrecht weiter; entgegen der Annahme von *Bangerter*²⁰ brauchen sie denn u. E. auch nicht in den Statuten Erwähnung zu finden.

Nach positivem Aktienrecht kann der Aktionär seine Aktien an der Generalversammlung durch einen Dritten vertreten lassen, der selbst nicht Aktionär zu sein braucht²¹. Soll dieses Recht beschränkt werden, so gehört eine entsprechende Notiz in die Statuten²². Dieser Vorschrift haben die dem Stimmrechtsgesetz unterstellten Bahn-AG nachzukommen, weil nach der Spezialgesetzgebung sämtliche, im Eigentum eines einzelnen Aktionärs befindlichen Aktien stets nur durch eine *einzige* Person vertreten werden dürfen, welche selbst stimmberechtigter Aktionär zu sein hat²³.

II. Die Verwaltung

A. Wesen und Bedeutung

Der *Gesellschaftsverwaltung* steht die Oberaufsicht und Leitung der Geschäfte zu. Sie hat praktisch die Geschicke der AG in der Hand und läßt die Generalversammlung als oberstes Organ zur formellen Instanz herabsinken. Ganz ausgesprochen ist das bei der «AG m. bes. Char.» der Fall – was schon unsere Betrachtungen über die Generalversammlung zeigten. Der Staat macht sich mittels der Spezialgesetzgebung die dominierende Stellung der Verwaltung für seine Einflußnahme zunutze. Zudem eröffnet ihm OR 762 die Möglichkeit, auch außerhalb der Spezialgesetzgebung sich über eine Vertretung im Verwaltungsrat ein Mitwirkungsrecht in Gesellschaftsangelegenheiten auszubedingen; bei Konzessionserteilungen macht er davon sogar regelmäßig Gebrauch! Die Verwaltung der besonders gearteten AG besteht demnach nicht mehr allein als Organ der Gesellschaft; sie ist vielmehr auch ebenso sehr Organ des Staatswesens zur Wahrung *dessen* Interessen gegenüber der Gesellschaft, – als logische Folge davon, daß die AG als privatrechtliche Unternehmung Aufgaben erfüllt, welche an sich dem Staat vorbe-

²⁰ *Bangerter*, S. 139/40.

²¹ OR 689 Ziff. 2.

²² OR 627 Ziff. 10.

²³ Stimmrechtsgesetz Art. 3 Abs. 1: «Sämtliche, im Eigentum eines einzelnen Aktionärs befindlichen Aktien dürfen stets nur durch eine einzige Person vertreten werden.»

halten sind oder über welche dieser wegen ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit eine besondere Aufsicht auszuüben hat.

An sich steht es den Gründern einer AG frei, die Kompetenzen der Verwaltung in den Statuten oder in einem Organisationsreglement näher zu umschreiben. Ihr Aufgabenkreis richtet sich nach dem Gesellschaftszweck; von Aktienrechts wegen hat sie die in OR 699, 700, 702 und 722–726 genannten Pflichten zu übernehmen.

Die Verwaltung einer «AG m. bes. Char.» hat sich an weitere Normativvorschriften der Spezialerlasse zu halten. Sie gewährt sogar strafrechtliche Sanktionen für den Fall, daß sie diesem zusätzlichen Aufgabenkreis nicht gebührend Beachtung schenken sollte²⁴. Ihre weiteren Pflichten beschränken sich aber auf die in der Spezialgesetzgebung genannten. Denn auch die Verwaltung der besonders gearteten Aktienunternehmung ist ein Organ des Gesellschaftsrechtes; man kann sie nicht zum Anwalt der Öffentlichkeit gegenüber der AG machen. Es gilt denn ausgesprochen auch für die Verwaltung der «AG m. bes. Char.» der von *Ronner*²⁵ festgehaltene Grundsatz: «... für das *Ermessen* eines öffentlichen Interesses können die Organe in Wirklichkeit niemals zuständig sein. Sie sind keine öffentlichen Behörden.»

B. Organisation

Die Organisation der Verwaltung untersteht weitgehend dem freien Willen der Gründer. Es sind nur einige wenige Bestimmungen zwingender Natur, welche aus Aktienrecht zu beachten sind; so etwa die Vorschriften über den schweizerischen Charakter des Verwaltungsrates, OR 711 Abs. 1 und 2, oder OR 708 Abs. 4, welche – bei Vorhandensein mehrerer Aktionärgruppen mit verschiedener Rechtsstellung – jeder Gruppe einen Verwaltungsratsitz einräumt.

Das öffentliche Recht beschränkt in bezug auf die Organisation der Verwaltung die Autonomie der Gründer teilweise; es werden an die Verwaltung und deren Mitglieder zusätzliche Anforderungen gestellt. Diese öffentlich-rechtlichen Normen sind schon bei der Bestellung der ersten Verwaltung, also noch im Gründungsstadium zu berücksichtigen. Weder aus Aktien- noch aus öffentlichem Recht besteht für die Gründer eine Pflicht, die besonderen Voraussetzungen, welche kraft der Spezialgesetze an die Gesellschaftsverwaltung gestellt werden, in den

²⁴ VAG, Art. 19 ff.; Sicherstellungsgesetz Art. 31 ff.; Bankengesetz Art. 38 ff.; Kreditkassen-VO Art. 55 usw.

²⁵ *Ronner*, S. 16.

Statuten zu wiederholen. Mit Rücksicht auf das Bedürfnis bestmöglicher Orientierung der Aktionäre über alle Organfragen, darf empfohlen werden, die betreffenden Sondervorschriften in die Satzung der «AG m. bes. Char.» aufzunehmen.

a) Mitgliederzahl

Die Verwaltung kann, nach OR 707 zu folgern, auch aus einer einzigen Person bestehen. Bei Großunternehmen – denen die «AG m. bes. Char.» ja durchwegs angehören – wird man im allgemeinen größere Verwaltungsräte bestellen, weil die vielfältigen Aufgaben der Verwaltung über die Fähigkeiten einer Einzelperson gehen. Es ist immerhin bemerkenswert, daß die Spezialgesetzgebung für die Verwaltungen der verschiedenen Gesellschaften keine numerischen Mindest-Mitgliederzahlen vorsehen²⁶; man begnügt sich damit, in einzelnen Fällen eine *zweckmäßige* Verwaltungsorganisation zu verlangen²⁷, wobei es den Bewilligungsbehörden überlassen bleibt, im konkreten Fall diese Bestimmung auszulegen.

Auch nach der Höhe erfährt die Mitgliederzahl der Verwaltung – mit einer Ausnahme – keine Beschränkung. Denn auch diese richtet sich ja nach den Fähigkeiten der einzelnen Mitglieder und dem Geschäftskreis des Unternehmens; nur die Gründer können hier richtig entscheiden.

Der Verwaltungsrat der *Pfandbriefzentralen* darf nach spezialgesetzlicher Vorschrift²⁸ nicht über fünfzehn Mitglieder aufweisen, wobei ein vom Bundesrat zu bestellender Vertreter der Hypothekarschuldner mitzuzählen ist. Der Umfang des Geschäftsbetriebes der Pfandbriefinstitute hat sich an einen gesetzlich festgelegten Rahmen zu halten und ist vor auszusehen, weshalb auch die Größe des Verwaltungsrates sich in

²⁶ Im Kreisschreiben über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 7. März 1935 anerkennt das Justiz- und Polizeidepartement nur einen Verwaltungsrat, dem neben der Geschäftsführung auch die Oberleitung zukommt. Die Verwaltung der Kreditkassen wird demnach nicht aus einem Mitglied bestehen können.

²⁷ BkG Art. 3: «Die Banken haben in ihren Gesellschaftsverträgen, Statuten oder Reglementen den Aufgabenkreis zu umschreiben und eine, ihrer Geschäftstätigkeit entsprechende Verwaltungsorganisation vorzusehen.» Kreditkassen-VO Art. 9: «Die Kassen haben besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung und Kontrolle andererseits auszuscheiden. Die Befugnisse sind zwischen diesen Organen so abzugrenzen, daß eine sachgemäße Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist.»

²⁸ Pfandbriefgesetz Art. 37; VVO dazu Art. 3.

gewissen Grenzen zu halten hat; zudem sollte sich der Vertreter der Grundpfandschuldner nicht einer zu großen Mehrheit gegenüber sehen²⁹.

b) Nationalitätsvorschriften

Bei momentan zu fällenden Entscheidungen hat der Verwaltungsrat die Gesellschaft weitgehend in seiner Hand. Es besteht damit große Gefahr, daß eine auslandhörige Verwaltung das Unternehmen in gegen die Landesinteressen gerichtete Positionen hineinmanövriert. Aus diesem Grunde bestehen für die Verwaltung besonders gearteter Aktienunternehmen Nationalitätsvorschriften, welche diejenigen unseres Aktienrechts bedeutend verschärfen.

Mindestens vier Fünftel der Verwaltungsräte einer dem Stimmrechtsgesetz unterworfenen *Eisenbahn-AG* haben nach Art. 5 des Erlasses in der Schweiz wohnhafte Schweizerbürger zu sein. Mit Rücksicht auf besondere internationale Verhältnisse kann der Bundesrat Abweichungen von dieser Regel gestatten.

Auf die übrigen *Eisenbahn-AG* findet OR 711 Anwendung, weil das EBG selbst keine Nationalitätsvorschriften für Verwaltungsangehörige enthält. Im Vorentwurf zum neuen EBG wird die Bestimmung des Aktienrechts in Art. 14 wiederholt.

Für die *Elektrizitätswerk-AG* gilt Art. 40 Abs. 3 des WRG. Mindestens zwei Drittel der Verwaltungsräte müssen Schweizerbürger sein, die in der Schweiz wohnhaft sind. Spezielle Vereinbarungen betreffend Gewässer, welche die Landesgrenze berühren, bleiben nach Abs. 4 desselben Artikels vorbehalten.

Während der BRB über die *Hochseeschifffahrt* vom April 1941 für Verwaltungen der ihm unterstellten Aktienunternehmen noch keine expressis verbis Nationalitätsvorschrift enthielt, erklärt das neue Bundesgesetz nun ausdrücklich, daß der Gesellschaftsverwaltung nur Schweizerbürger angehören dürften³⁰. Die Mehrheit der Mitglieder muß zudem in der Schweiz Wohnsitz haben.

²⁹ *Utz*, S. 14.

³⁰ Art. 21 Abs. 1: «Alle Mitglieder der Verwaltung und Geschäftsführung einer Aktiengesellschaft ... müssen Schweizerbürger sein.» Abs. 2: «Ist mit der Verwaltung oder Geschäftsführung eine einzige Person betraut, so muß sie in der Schweiz wohnhaft sein. Besteht eines dieser Gesellschaftsorgane aus mehreren Mitgliedern, so muß die Mehrheit der Mitglieder jedes Organs aus in der Schweiz wohnhaften Personen bestehen.»

Eigenartigerweise enthält weder das Luftverkehrsgesetz noch die dazugehörige VVO spezielle Bestimmungen über die Nationalität und den Wohnsitz der Verwaltungsratsmitglieder von konzessionierten Luftverkehrsunternehmungen. Man ließ sich möglicherweise von der Annahme leiten, daß die Artikel der VVO 138³¹ und 140 Al. b³² neben den Nationalitätsbestimmungen des Aktienrechts genügen, um ausländischen Einfluß in der Gesellschaftsverwaltung auszuschließen.

c) *Vertreter öffentlich-rechtlicher Körperschaften*

Verschiedentlich wurde im Verlaufe unserer Betrachtungen bereits darauf hingewiesen, daß das Aktienrecht selbst in OR 762 für das Gemeinwesen eine Möglichkeit offen läßt, sich – unabhängig von einer spezialgesetzlichen Ermächtigung – eine eigene Vertretung im Verwaltungsrat auszubedingen. Um allumfassenden Einblick in die Geschäftstätigkeit der Unternehmung zu gewinnen, wird die Verleihungsbehörde die Konzessionserteilung in der Regel davon abhängig machen, daß ihr ein Vertretungsrecht in den Statuten vorbehalten werde.

Sie kann sich darauf beschränken, zu verlangen, daß ihr die Statuten lediglich ein *Vorschlagsrecht* für eine gewisse Anzahl Verwaltungsräte einräumen. Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind solche Verwaltungsratsmitglieder den gesellschaftseigenen Verwaltungsräten gleichgestellt; die Generalversammlung wird sie wählen und abberufen³³.

Nach OR 762 kann der Konzedent aber auch verlangen, daß er selbst – unabhängig von der Generalversammlung – Vertreter in die Gesellschaftsverwaltung ernennen und abberufen könne. Solche Verwaltungsräte brauchen im Unterschied zu den gesellschaftseigenen Verwaltungsratsmitgliedern nicht Aktionäre der Unternehmung zu sein. Von der Gunst der Generalversammlung sind sie unabhängig; die aktienrechtlichen Vorschriften über Amtsdauer und Pflichtaktien sind auf sie nicht anwendbar. Kraft ausdrücklicher Vorschrift sind nicht *sie* für

³¹ Das Aktienkapital muß zu zwei Dritteln Schweizern gehören.

³² Das Personal des Unternehmens muß aus Schweizern bestehen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürfen nach Art. 140 Al. c der VVO einer Bewilligung des Post- und Eisenbahndepartementes.

³³ OR 762 läßt u. E. Regelungen dieser Art zu. Immerhin muß wohl verlangt werden, daß diese Vertreter Aktionäre der Gesellschaft sind. Sie werden auch Pflichtaktien hinterlegen müssen, da die Haftung des Gemeinwesens im Sinne von OR 762 Abs. 4 für diese Vertreter nicht Platz greift.

ihr Handeln gegenüber der Gesellschaft verantwortlich, sondern die öffentlich-rechtliche Körperschaft, welche sie abordnete³⁴.

Zwei Spezialgesetze enthalten ihrerseits Bestimmungen über die Abordnung von Vertretern des Gemeinwesens in die Verwaltungsorgane der Aktienunternehmungen. Das Stimmrechtgesetz äußert sich in Art. 6 über die Teilnahme des Staates an der Verwaltung der diesem Erlaß unterstellten *Bahngesellschaften*³⁵. Art. 37 des Pfandbriefgesetzes schließlich räumt dem Bundesrat das Recht ein, in die Verwaltungsräte der beiden *Pfandbriefzentralen* je einen Vertreter der Grundpfandschuldner zu bestimmen; für diese soll nach Art. 5 der VVO eine Amtsdauer von vier Jahren gelten.

Die Frage, ob auch die auf Grund einer spezialgesetzlichen Vorschrift in die Verwaltung beordneten Vertreter des Gemeinwesens der Verantwortlichkeitsbestimmung OR 762 Abs. 4 unterliegen und dementsprechend die öffentlich-rechtliche Körperschaft für ihre Handlungen haftet, ist u. E. nicht entschieden. Die erwähnte Vorschrift unseres OR soll nach Ansicht von alt Oberrichter *Steiner*³⁶ zumindest bei den dem Stimmrechtgesetz unterstellten Eisenbahngesellschaften nicht Platz greifen können, so daß Bund oder Kanton keinesfalls eine Haftung treffe³⁷.

Wollte man der Argumentation, daß OR 762 nur auf Vertreter des Gemeinwesens Bezug nehme, welche nach «freiwilliger» Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in die Statuten abgeordnet werden konnten, – nicht aber auch auf solche, welche kraft spezialgesetzlicher Vorschrift in die Verwaltung aufgenommen werden *müssen*, beistimmen, so dürfte die Anwendbarkeit von OR 762 im Recht der «AG m. bes. Char.» überhaupt fraglich sein. Denn bei allen besonders gearteten Unternehmen, welche zur Geschäftsaufnahme einer Konzession bedürfen, erfolgt die Aufnahme des staatlichen Vertretungsrechts aus öffentlich-rechtlichem *Zwang*. Sie haben sich genau so wie die dem Stimmrechtgesetz unterstehenden Bahngesellschaften und die Pfandbrief-AG dem Verlangen des Staates nach eigener Vertretung zu beugen – im

³⁴ OR 762 Ziff. 4.

³⁵ «Wenn die Verwaltung aus mehreren Mitgliedern besteht, so ist der Bundesrat berechtigt, 1–4 Mitglieder, und ebenso jeder Kanton, auf dessen Gebiet das Bahnnetz einer Gesellschaft sich erstreckt, berechtigt, 1–4 Mitglieder zu wählen.»

³⁶ In SAG XI S. 182.

³⁷ Steiner verweist vor allem darauf, daß bereits in der Botschaft die Ansicht vertreten worden sei, es müsse der im Stimmrechtgesetz vorgesehene Fall *nicht* geregelt werden.

Hinblick auf die von ihnen auszuübende außergewöhnliche Tätigkeit. Daß das Vertretungsrecht des Gemeinwesens einmal in Spezialgesetzen niedergelegt ist, ein anderesmal nur in der Konzession selbst, macht keinen Unterschied; OR 762 wirkt u. E. in *allen Fällen*. Das Gemeinwesen haftet *immer* für die von ihm abgeordneten Verwaltungsräte³⁸.

Nach OR 762 muß das Recht der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, eigene Vertreter in die Verwaltung der AG zu delegieren, in den Gesellschaftsstatuten verankert werden. U. E. besteht diese Notwendigkeit auch bei den Pfandbrief-AG und den Bahngesellschaften, welche dem Stimmrechtsgesetz unterstehen. Das ergibt sich als logische Folge unserer Feststellung, daß OR 762 auch bei diesen Unternehmungen Recht schaffe. Die Statuten werden sich nicht darauf beschränken können, generell ein Vertretungsrecht des Gemeinwesens bekannt zu geben. Es muß vielmehr verlangt werden, daß sich die Gesellschaftssatzung über die Einzelheiten der betreffenden Abmachungen äußert, insbesondere über die Anzahl der dem Staatswesen zukommenden Verwaltungsratsitze, die Art und Weise der Ernennung und Abberufung der Vertreter öffentlich-rechtlicher Körperschaften, und nicht zuletzt auch über die Art der Ausübung des Mandates³⁹.

III. Die Geschäftsführung

Das Aktienrecht schreibt *keine* Zweiteilung «Verwaltung-Geschäftsführung» vor. Sofern die Statuten oder ein in diesen vorgesehenes Reglement die Aufgaben nicht aufteilen, wird angenommen, daß die Geschäftsführung gemeinsam allen Mitgliedern der Verwaltung zukomme⁴⁰.

Im allgemeinen wird bei der «AG m. bes. Char.» eine Aufteilung der Verwaltungs- und Geschäftsführungstätigkeiten schon wegen der Größe des diesen Gesellschaften eigenen Geschäftsumfanges sich als notwendig erweisen. Die besonderen Tätigkeiten dieser Unternehmen, deren Ausübung die Kenntnis zahlloser, oft nur dem Fachmann verständlicher Spezialvorschriften verlangt, machen die Delegation der Ge-

³⁸ Zu diesem Resultat müssen wir auch aus anderen Gründen gelangen: Das Stimmrechtsgesetz z. B. äußert sich überhaupt nicht über die Frage, *wer* für die Handlungen der Staatsvertreter verantwortlich sei. Wo aber das öffentlich-rechtliche Spezialgesetz keine Regelung trifft, da schafft nach allgemeiner Lehre das Privatrecht weiter Recht!

³⁹ Vergl. dazu D. Dénéréaz in ZSR 72, S. 51 a; und S. 62 a.

⁴⁰ OR 717.

schaftsführung an fachlich ausgewiesene Direktoren geradezu unumgänglich.

Die Notwendigkeit, in den Statuten eine Aufteilung der Geschäftsführungs- und Verwaltungsaufgaben vorzusehen, gibt sich bei einzelnen besonders gearteten Aktienunternehmungen aber auch aus *rechtlichen* Gründen, d. h. weil die Spezialerlasse eine solche Aufteilung vorschreiben. So haben *Banken* nach Art. 3 Abs. 2 des Bankengesetzes⁴¹ besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits, und für Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden. Die Befugnisse sind zwischen diesen Organen so abzugrenzen, daß eine sachgemäße Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist. Die Trennung zwischen Direktion und Verwaltung muß soweit gehen, daß der Präsident des Verwaltungsrates von Bank-AG nicht mehr als Delegierter in die Geschäftsführung abgeordnet werden darf⁴². Immerhin kann er als Mitglied oder gar als Vorstand einer Subkommission bestellt werden⁴³.

Auch die *Kreditkassen-AG* haben sich einer ähnlichen Bestimmung zu unterziehen. Nach Art. 9 der Kreditkassen-VO haben solche Unternehmungen ebenfalls besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits, und Oberleitung und Kontrolle andererseits auszuscheiden. Durch entsprechende Abgrenzung der Befugnisse von Organen muß eine sachgemäße Überwachung und Geschäftsführung gewährleistet sein⁴⁴.

Es bestehen einzelne öffentlich-rechtliche Normativbestimmungen über *Wahl* und *Nationalität* der Direktionsmitglieder, welche andeutungsweise erwähnt werden sollen; anwendbar sind u. E. diese Vorschriften nur auf «Direktoren», welche mindestens selbständige Teile der Geschäftsführung ausüben⁴⁵.

Nach Art. 7 des Stimmrechtgesetzes steht die Wahl der Geschäftsfüh-

⁴¹ «Wo der Geschäftszweck oder der Geschäftsumfang es erfordert, sind besondere Organe für die Geschäftsführung einerseits und für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle andererseits auszuscheiden. Die Befugnisse sind zwischen diesen Organen so abzugrenzen, daß eine sachgemäße Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet ist.»

⁴² Vergl. VVO zum BkG Art. 6.

⁴³ Ausschuß, Kreditkommission usw. vergl. dazu *Graner*, S. 143 ff.

⁴⁴ Vergl. dazu *Stamm*, S. 27; Das Kreisschreiben von 1935 (BBI 1935 I S. 699) gibt dem Handelsregisteramt diesbezügliche Weisungen: Der Verwaltungsrat hat nur dann die Funktion einer Oberleitung, wenn die eigentliche Geschäftsführung einer besonderen Direktion übertragen ist.

⁴⁵ Vergl. dazu BGE 20/1122; 34 II 496; 44 II 136; 65 II 6; 68 II 301; 70 I 176.

rungsorgane nur der *Verwaltung* zu, was einen Einbruch in die aktienrechtlichen Kompetenzen der Generalversammlung darstellt. Mit dieser Bestimmung war beabsichtigt, den vom Staate gewählten Verwaltungsratsmitgliedern in bezug auf die Wahl der Direktoren einen positiven Einfluß zukommen zu lassen⁴⁶. Den Direktoren kommt in den Sitzungen der Verwaltung nur beratende Stimme zu, auch wenn sie selbst dem Verwaltungsrate angehören⁴⁷.

Auch für die Geschäftsführungsorgane bestehen zuweilen Nationalitätsvorschriften; durch die Notwendigkeit, den schweizerischen Charakter der Hochseeschiffahrts- und Luftverkehrsunternehmen besonders stark ausprägen, sind solche in die diese Unternehmungen betreffenden Spezialerlasse aufgenommen worden. Bereits der BRB über die Seeschiffahrt bestimmte in Art. 6 Abs. 3, daß die Geschäftsführungsorgane der Gesellschaften ausschließlich aus Schweizerbürgern zusammengesetzt sein dürfen. Das neue Seeschiffahrtsgesetz hat diese Bestimmung in Art. 21 Abs. 1 übernommen⁴⁸. Nach Art. 140 VVO hat das gesamte Personal – und damit auch die Geschäftsführung – der Luftverkehrs-AG aus Schweizerbürgern zu bestehen^{49, 50}.

Der *Aufgabenkreis* von Verwaltung und Geschäftsführung erfährt bei der «AG m. bes. Char.» eine außerordentliche Ausdehnung. Alle Bestimmungen der öffentlich-rechtlichen Spezialerlasse wenden sich primär an den Verwaltungsrat. Will dieser die Geschäftsführung delegieren, so ist erforderlich, daß im Sinne von OR 717 Statuten und Reglemente absolute Klarheit über die Aufteilung der Pflichten zwischen den einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern einerseits und den Organen der Geschäftsführung andererseits schaffen⁵¹. Da eine ausdrückliche Anführung

⁴⁶ Bangerter, S. 28/29.

⁴⁷ Stimmrechtsges. Art. 7 Abs. 2: «Die Mitglieder solcher Organe (Direktoren, Geschäftsführer) haben in den Sitzungen der Verwaltung nur beratende Stimme.»

⁴⁸ Vergl. Anm. 30.

⁴⁹ Luftfahrt-VVO Art. 140 Al. b: «Das Personal soll schweizerischer Nationalität sein; unter Vorbehalt eines jederzeitigen Widerrufs kann das Eidgen. Post- und Eisenbahndepartement jedoch die Anstellung von Ausländern bewilligen.»

⁵⁰ Auch die Geschäftsführung der dem Stimmrechtsges. unterstehenden Bahngesellschaften wird nur aus Schweizern bestehen können. Vergl. Stimmrechtsges. Art. 9: «Die Übertragung wichtiger Beamtenstellen, wie diejenige eines Direktors . . . an Ausländer bedarf der Genehmigung des Bundesrates.»

⁵¹ Zur Abklärung der Verantwortlichkeiten bei innergesellschaftlichen Auseinandersetzungen; vor allem nach Eingreifen der Behörde wegen pflichtwidrigem Verhalten der Gesellschaft.

der zahlreichen, vom öffentlichen Recht verlangten zusätzlichen Pflichten zu weit führen dürfte⁵², wird man sich im allgemeinen in den Statuten und Reglementen mit *Hinweisen* auf die entsprechenden Gesetzesbestimmungen begnügen können.

IV. Die Kontrollstelle

Neben der Generalversammlung und dem Verwaltungsrat hat nach Aktienrecht in der *Kontrollstelle* ein drittes obligatorisches Gesellschaftsorgan zu bestehen, mit dem Zweck, Bilanz, Gewinn und Verlustrechnung vor allem in kalkulatorischer Hinsicht zu prüfen und damit – hauptsächlich zum Nutzen der Aktionäre – einer unlauteren Tätigkeit der Verwaltung und Geschäftsführung zu steuern⁵³.

Es scheint verständlich, daß der öffentlich-rechtliche Gesetzgeber die Kontrollorgane der «AG m. bes. Char.» den Schutzbedürfnissen der Allgemeinheit anzupassen suchte. Er wählte dazu die verschiedensten Wege und die auf die Kontrollstelle Bezug nehmenden Vorschriften der Spezialgesetzgebung offenbaren sich heute in größter Mannigfaltigkeit. Um ein geschlossenes Bild darüber zu erhalten, in welchem *Ausmaß* die aktienrechtliche Gründerautonomie bei Bestellung der Kontrollstelle durch diese Sondervorschriften beschränkt wird, scheint es uns unumgänglich, als Vergleichsgrundlage vorerst die *aktienrechtlichen* Grundsätze, welche für die Kontrollorgane der AG in Geltung sind, kurz zusammenzufassen, um anschließend auf die spezialgesetzlichen Regelungen zu verweisen.

Nach OR 626 Ziff. 5 gehört zum obligatorischen Inhalt der Statuten auch eine Bestimmung über das Kontrollorgan der Gesellschaft. Nach zwingender Vorschrift hat die Generalversammlung einen oder mehrere Revisoren als Kontrollstelle zu wählen⁵⁴. Es ist dabei folgendes zu beachten:

Die Ernennung der Revisoren ist *ausschließliches* Recht der General-

⁵² Man vergegenwärtige sich z. B., daß über fachtechnische Angelegenheiten nicht nur zahlreiche spezialgesetzliche Normativvorschriften bestehen, sondern sogar eigene Erlasse, wie etwa das «BG über das Rechnungswesen der Eisenbahnen» vom 27. März 1896.

⁵³ Wie *Ronner*, S. 52 ff. feststellt, ist dieser ideelle Zweck illusorisch, solange die Generalversammlung, der die Ernennung der Revisoren zusteht, die Wahlen nach dem kapitalistischen Mehrheitsprinzip trifft.

⁵⁴ OR 721 Abs. 1.

versammlung⁵⁵. Es können auch juristische Personen als Kontrollstelle bestellt werden⁵⁶.

Was die persönlichen Verhältnisse der Revisoren betrifft, so beschränkt sich das OR auf die Feststellung, daß diese weder Angestellte der Gesellschaft, noch Verwaltungsangehörige sein dürfen⁵⁷. Es ist nicht notwendig, daß sich die Mitglieder der Kontrollstelle über besondere Fähigkeiten ausweisen können. Mit der im Folgenden erwähnten Ausnahme brauchen die Revisoren also keine Büchersachverständige zu sein⁵⁸.

Für Gesellschaften, deren Aktienkapital mindestens fünf Millionen Franken beträgt oder die Anlehensobligationen ausstehend haben oder sich öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen, gilt nach OR 723 eine Sonderregelung: Solche Unternehmen haben kraft Aktienrecht die Bilanzkontrolle durch *unabhängige Büchersachverständige* vornehmen zu lassen. Es tritt hier neben die interne Kontrolle also eine solche externer Art. Eine Verschmelzung und damit eine organisatorische Vereinfachung dieser beiden Kontrollen kann dadurch erreicht werden, daß die statutarische Kontrollstelle zum vornherein mit besonderen Sachverständigen bestellt wird⁵⁹. In diesem Fall steht die Wahl dieser Fachrevisoren der Generalversammlung zu, die ja allein zuständig ist für die Bestimmung der Kontrollstelle. Wird aber eine selbständige externe Kontrollstelle vorgeschlagen, die neben den internen Revisoren zu wirken hat, so gehört die Wahl der Sachverständigen in die Kompetenz der Verwaltung, es sei denn, daß die Statuten etwas anderes bestimmen⁶⁰.

Allgemein gilt nach OR 627 Ziff. 13, daß alle die Kontrollorgane betreffenden Abmachungen, welche über die Mindestvorschriften des Aktienrechts hinausgehen, in den Statuten zu erscheinen haben. Aus Aktienrecht wird die Satzung der «AG m. bes. Char.» also die im Folgenden behandelten Spezialbestimmungen enthalten müssen.

⁵⁵ OR 698 Ziff. 2.

⁵⁶ OR 727 Abs. 3.

⁵⁷ OR 727 Abs. 2.

⁵⁸ *Ronner*, S. 71; in diesem Sinne auch *Guhl*, S. 503.

⁵⁹ *Funk*, Art. 723 N 3; *Guhl*, S. 503; *Stähelin*, in SAG XI S. 121 ff.; a. M.: v. *Steiger*, Aktienrecht, S. 254.

⁶⁰ *Funk*, Art. 723 N 3.

A. Interne Kontrollstelle

Nach Aktienrecht hat jede AG eine interne Kontrollstelle zu bestellen, welche sich in bezug auf Organisation, Befugnisse und Pflichten an den durch OR 727–731 gegebenen Rahmen zu halten hat. Bei besonders gearteten Aktienunternehmungen kann sich eine erste Besonderheit dadurch geben, daß sich das Gemeinwesen anlässlich der Konzessionserteilung eine Vertretung in der Kontrollstelle der Gesellschaft ausbedingt. OR 762 läßt solchen Staatsvertretern die gleiche Rechtsstellung zukommen wie den von öffentlich-rechtlichen Körperschaften gestellten Verwaltungsräten⁶¹.

Daß auch die Angehörigen der Kontrollstelle in der Schweiz wohnhafte Schweizerbürger sind, verlangte bereits der BRB über die *Seeschifffahrt* in Art. 6 Abs. 3. Das diesen Beschluß ablösende Bundesgesetz hat diese Bestimmung in Art. 21 Abs. 4 übernommen⁶².

Nur wenige Gesetze verlangen, daß die ihnen unterstellten Aktienunternehmen ihre Kontrollorgane mit *sachverständigen* Mitgliedern besetzen. Eine entsprechende Vorschrift gilt für *Kreditkassen*, die laut Art. 16 der betreffenden VO ihre Kontrollstelle mit «sachverständigen, von der Kasse unabhängigen Revisoren» zu bestellen haben. Der Aufsichtsdienst verlangt dabei, daß die Statuten der Kreditkassen-AG expressis verbis bestimmen, es dürften weder Aktionäre, noch Mitglieder der Verwaltung oder Geschäftsführung, noch Angestellte der Kreditkasse als Revisoren gewählt werden⁶³.

Für *Pfandbriefanstalten* besteht die Notwendigkeit, Büchersachverständige einzusetzen, schon aus Aktienrecht, weil das gesetzliche Mindestkapital der beiden Gesellschaften fünf Millionen beträgt. Der Gesetzgeber konnte demnach auf eine Sondervorschrift dieser Art verzichten.

Der Vorentwurf zum neuen EBG sieht in Art. 71 vor, daß mindestens ein Mitglied der Kontrollstelle Büchersachverständiger zu sein hat; dieser ist zudem als Obmann des Kontrollorganes zu bestimmen.

⁶¹ Wahl und Abberufung durch die Körperschaft des öffentlichen Rechts, Haftung des Gemeinwesens für seine Vertreter.

⁶² «Alle mit der Kontrolle dieser Gesellschaften betrauten Personen müssen die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen und ihren Wohnsitz in der Schweiz haben.»

⁶³ *Stamm*, S. 27. U. E. ist die Aufnahme in die Statuten nur teilweise notwendig, weil schon nach Aktienrecht Verwaltungsmitglieder und Angestellte nicht wahlfähig sind.

Dadurch, daß man für einzelne Unternehmen eigentliche *Bilanzvorschriften* schuf und andere Unterlagen durch eine Aufsichtsbehörde kontrollieren läßt, hat man sich allgemeine Einsicht in das Wirken der Kontrollstelle ermöglicht. Zu diesem Zweck ist 1896 als öffentlich-rechtliche Ergänzung und in teilweiser Durchbrechung der aktienrechtlichen Bilanzierungsvorschriften das Rechnungsgesetz für Eisenbahngesellschaften entstanden. Dieses verschafft dem Bund zudem alle diejenigen Auskünfte über den finanziellen Status der Unternehmung, derer er zur Planung eventueller Rückkäufe bedarf. Nach Art. 2 des Gesetzes sind Rechnungen und Bilanzen der *Bahn-AG* nach einheitlichen Formularen per Ende Jahr abzuschließen und dem Bundesrat vor Abhaltung der Generalversammlung zur Genehmigung vorzulegen.

Private *Versicherungsunternehmen* haben nach Art. 5 des Versicherungsaufsichtsgesetzes alljährlich, innerhalb sechs Monaten nach Ablauf des Rechnungsjahres, dem Bundesrat einen eingehenden Rechenschaftsbericht einzureichen, dem die Jahresrechnung beizulegen ist. Die Versicherungs-AG muß ihre Bilanzen ebenfalls nach ausführlichen Vorschriften ausarbeiten, und dem Bundesrat weitgehende Einsicht in Bücher, Kontrollen usw. ermöglichen⁶⁴.

Ein eigenes System zur erweiterten Kontrolle findet bei *Pfandbriefzentralen* Anwendung. Diese Gesellschaften haben ihre Kontrollstelle nach Aktienrecht zu bestellen. Daneben besteht aber ein gesetzlich festgehaltenes Kontrollrecht des eidgenössischen Pfandbriefinspektors, der laut Art. 23 der VVO zum Pfandbriefgesetz die Zentralen mindestens einmal im Jahr unvermutet aufsucht, um den gesamten Geschäftsbetrieb an Ort und Stelle zu überprüfen. Vom Ergebnis dieser Kontrolle wird den Zentralen Kenntnis gegeben und Frist angesetzt zur Behebung eventueller Mißstände⁶⁵.

Alle diese letzteren Vorschriften nehmen nur indirekt auf die interne Kontrollstelle Bezug. Sie stellen an die Verwaltung und insbesondere an die Kontrollorgane der Gesellschaften so große *fachtechnische* Ansprüche, daß es unumgänglich erscheint, die Kontrollstelle jeweils mit Büchersachverständigen zu besetzen – trotzdem das von den einzelnen Gesetzen nur in den zitierten Fällen *expressis verbis* verlangt wird.

⁶⁴ Vergl. VAG, Art. 6–8.

⁶⁵ Pfandbriefgesetz Art. 41.

B. Externe Kontrollstelle

Um eine neutrale und möglichst objektive Kontrolle zu garantieren, hat das *Bankengesetz* für die ihm unterstellten Gesellschaften eine ihm eigene Regelung getroffen. Von einer direkten Aufsicht des Staates hat man abgesehen und das Schwergewicht der Bankenbeaufsichtigung in einer regelmäßigen Revision durch eine unabhängige, externe Kontrollstelle geschaffen, welche ihrerseits dem Privatrecht untersteht.

Um wirkliche Unabhängigkeit und Fachkenntnis der externen Revisionsstelle gewährleisten zu können, hat der Bankengesetzgeber die Tätigkeit als Bankrevisionsstelle von einer besonderen *Anerkennung* des Institutes durch die Bankenkommission abhängig gemacht⁶⁶.

Der externen Revisionsstelle kommt im Verhältnis zu den Aktionären eine andere Rechtsstellung zu als dem internen Kontrollorgan. Zu der zu revidierenden Bank steht sie im Auftragsverhältnis; sie ist nur der Gesellschaft als solche gegenüber verantwortlich, nicht aber den einzelnen Aktionären⁶⁷.

Das Bankengesetz verlangt die vorgängige aktienrechtliche Kontrolle durch eine interne Revisionsstelle nicht. Letztere kann in ersterer aufgehen. In diesem Falle wird die externe Revisionsstelle im Sinne von OR 754 aber auch den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern verantwortlich, und sie müßte in den Statuten der Bankgesellschaft als Kontrollorgan ausdrücklich bezeichnet werden.

Wird bei Bankgesellschaften die innere, aktienrechtliche Kontrollstelle mit der externen, nach Bankengesetz erforderlichen *verschmolzen*, so ergibt sich in Auslegung von OR 627 Ziff. 13 die Notwendigkeit, die besonderen Pflichten des Revisionsorgans in den Gesellschaftsstatuten zu benennen⁶⁸. Es dürfte u. E. allerdings genügen, den entsprechenden Hinweis in eine allgemein gehaltene Wendung zu kleiden, etwa in der Form «die Kontrollstelle hat die ihr nach dem Bankengesetz zugewiesenen Pflichten.»

Erfüllt die externe Kontrollstelle zugleich die Funktion des aktienrechtlichen Kontrollorgans, so muß verlangt werden, daß neben dem

⁶⁶ Art. 31 ff. der VVO nennt die Bedingungen, die von den betreffenden Revisionsstellen erfüllt sein müssen.

⁶⁷ *Urech*, S. 51.

⁶⁸ So insbesondere die Pflicht, die Bilanz nach den im BkG Art. 19 und Art. 38 der zugehörigen VVO genannten Gesichtspunkten aufzustellen; – den Revisionsbericht so auszuarbeiten, daß darin die in BkG Art. 19 Abs. 1 vorzunehmenden Ermittlungen zum Ausdruck kommen, usw.

nach der Bankengesetzgebung vorgeschriebenen und der Gesellschaftsverwaltung zu erstattenden *Revisionsbericht* ein weiterer erstellt wird, der im Sinne von OR 729 zuhanden der Generalversammlung einzureichen ist.

3. Abschnitt

Die besonderen Voraussetzungen der Eintragung

§ 8 Die öffentlich-rechtliche Genehmigung der Statuten

I. Wesen und Bedeutung

In den öffentlich-rechtlichen Erlassen, die – soweit sie den aktienrechtlichen Gründungsverlauf der ihnen unterstellten Aktienunternehmungen beeinflussen – Gegenstand unserer Betrachtungen sind, wird zuweilen die «*Genehmigung*» der Statuten durch Konzessions- oder Bewilligungsbehörden verlangt. Im Hinblick auf die Gründung einer «AG m. bes. Char.» ist die Bedeutung dieser Statutengenehmigung nicht in allen Vorschriften dieselbe. Unsere Arbeit möchte nur die wichtigsten Gründungsvoraussetzungen der besonders gearteten AG zur Darstellung bringen. Wir haben demnach im Folgenden zwischen Statutengenehmigung als uneigentliche und Statutengenehmigung als *eigentliche* Gründungsvoraussetzung zu unterscheiden. Nur letztere wollen wir in unsere Betrachtungen einbeziehen.

Die Statuten der AG, die als rechtliches Gerippe der Gesellschaft deren Beziehungen zu den Aktionären, nicht zuletzt auch diejenigen nach außen zu regeln haben, sind Ausfluß der den Gründern vom Aktienrecht gewährten Gründerautonomie. Diese Satzungsfreiheit ist aber bei der «AG m. bes. Char.» durch die zahlreichen, im Verlaufe unserer Ausführungen aufgezeigten Vorschriften des öffentlichen Rechts beschränkt. Die Statuten der «AG m. bes. Char.» müssen auch dem öffentlichen Recht angepaßt sein. Sie sollen einerseits die durch die Spezialgesetzgebung erforderlich gewordenen, zusätzlichen Bestimmungen enthalten, andererseits keinen Inhalt aufweisen, der den Vorschriften der Spezialerlasse entgegensteht.

Der Handelsregisterführer hat – bevor er die formelle Gründung der AG zum Abschluß bringt – die Statuten der Gesellschaft lediglich auf

deren Übereinstimmung mit dem Aktienrecht zu überprüfen. Diese beschränkte Kognitionspflicht erweitert sich auch nicht bei der Eintragung einer besonders gearteten AG. Will das Staatswesen die Gewißheit haben, daß die Statuten der ins Leben tretenden Unternehmung auch in öffentlich-rechtlicher Hinsicht keine Mängel aufweisen, so hat *es selbst* deren Inhalt einer Prüfung zu unterziehen.

Bei bewilligungspflichtigen Unternehmen geschieht dies durchwegs in Verbindung mit dem Bewilligungsverfahren. Darum gehören die Statuten auch zu den unerläßlichen Dokumenten, welche mit dem Gesuch um Erteilung einer Polizeierlaubnis den betreffenden Behörden einzureichen sind¹. Ihre Prüfung kann dabei gleichzeitig mit der Prüfung weiterer Unterlagen erfolgen², oder über ihre Gesetzmäßigkeit wird nach einem besonderen Genehmigungsverfahren Beschluß gefaßt³. In jedem Fall – und das ist das Unterscheidungskriterium zur Genehmigung als eigentliche Gründungsvoraussetzung – erscheint die Statutengenehmigung nur als *Teilakt* des Bewilligungsverfahrens, – als *eine* Voraussetzung unter vielen für die Erlangung einer Polizeierlaubnis.

Anderen Charakter hat die Statutengenehmigung des *Eisenbahnrechtes*, der unsere folgenden Erläuterungen gewidmet sind. Sie findet ihre Rechtsgrundlage in Art. 7 des EBG von 1872⁴ und soll auch im neuen Eisenbahngesetz wieder statuiert werden⁵. Es handelt sich um eine sogenannte *echte Genehmigung*; im Recht der Eisenbahn-AG erscheint sie als *selbständige, eigentliche* Gründungsvoraussetzung⁶.

¹ Vergl. Kreditkassen-VO Art. 5 Al. b; BkG Art. 3 Ziff. 3.

² So nach BkG Art. 3 Ziff. 3 und VAG Art. 2 Ziff. 1 und 3.

³ Nach Pfandbriefges. Art. 2 und Kreditkassen-VO Art. 5. Bei Kreditkassen wird in das Genehmigungsverfahren auch die Prüfung von Geschäftsplan und Vertragsbedingungen einbezogen.

⁴ «Die Statuten der Eisenbahngesellschaften sind dem Bundesrate zur Genehmigung vorzulegen und können ohne Einwilligung desselben nicht abgeändert werden.»

⁵ Im Vorentwurf ist die Genehmigungspflicht in Art. 15 enthalten.

⁶ Das Luftfahrtges. sieht in Art. 103 eine Statutengenehmigungspflicht für eine «gemischtwirtschaftliche, nationale Luftverkehrsgesellschaft» vor. Diese ist mit der «Swissair» entstanden. Es handelt sich hierbei ebenfalls um eine *echte* Genehmigung, die derjenigen des Eisenbahnrechtes entspricht. Da die entsprechende Vorschrift nur auf eine einzige Gesellschaft Bezug nimmt und zudem auf nicht einwandfrei rechtlichen Grundlagen beruht – sie wurde aus der Kapitalbeteiligung des Bundes abgeleitet, vergl. Sten. Bull. 1947, Nationalr. S. 378 – scheint es nicht notwendig, sie in unsere Betrachtung mit einzubeziehen.

II. Rechtliche Natur

Die echte Statutengenehmigung des Eisenbahnrechtes besteht also als selbständiger Hoheitsakt des Staates; als Mittel der Staatsaufsicht ist sie der Polizeierlaubnis an sich gleichwertig, der Unterschied liegt im Objektiven: Die Polizeierlaubnis bezieht sich auf ein ganzes Unternehmen, die Statutengenehmigung aber nur auf die Statuten, d. h. das rechtliche Gerippe dieses Unternehmens. Aber auch in ihrer rechtlichen Natur unterscheiden sich die beiden Institute voneinander. Heß⁷ äußert sich dazu folgendermaßen:

«Was die Statutengenehmigung von der Polizeierlaubnis unterscheidet, ist also hauptsächlich, daß es sich bei der letzteren darum handelt, zu konstatieren, daß gegen die beabsichtigte Tätigkeit des Gesuchstellers keine polizeilichen Hindernisse vorliegen, während die Statutengenehmigung konstatiert, daß gegen die von der Gesuchstellerin geplante Organisation der Gesellschaft vom Staate als Inhaber der besonderen Gewalt nichts einzuwenden sei.»

Die «besondere Gewalt» ist dabei Ausfluß der dem Bunde zustehenden Eisenbahn-Konzessionshoheit. Damit kann dem Bund aber nur das Recht zustehen, die Statutenprüfung und -genehmigung in bezug auf den *eisenbahnrechtlichen* Inhalt vorzunehmen; über den aktienrechtlichen Inhalt hat der Bund keine Kognitionsbefugnis. Man dürfte in Anlehnung an die Definition von Heß⁸ das Grundsätzliche der Statutengenehmigung folgendermaßen festhalten:

Die anläßlich der Gründung einer Eisenbahn-AG zu erlangende Statutengenehmigung enthält als Feststellungsakt das positive Resultat einer Prüfung der Gesellschaftsstatuten in Hinsicht auf ihre inhaltliche Zulässigkeit vom Standpunkt des Staates – als Inhaber der durch seine Hoheit im Eisenbahnwesen ihm zustehenden besonderen Gewalt über die beliebene Gesellschaft – aus.

III. Wirkung der Genehmigung

Vor der Genehmigung durch die Behörde sind die Statuten der Eisenbahn-AG mit einer eisenbahnrechtlichen Schranke behaftet. Sie können aus Eisenbahnrecht keine Wirksamkeit erlangen. Diese Nichtwirksamkeit tritt u. E. aber erst mit der *Eintragung* der nicht genehmigten Statuten ein, so daß die Statuten auf jeden Fall mit der konstituierenden

⁷ Heß, Genehmigung, S. 22.

⁸ Heß, Genehmigung, S. 23.

Generalversammlung nach Aktienrecht in Kraft treten und die Aktionäre binden.

Nach der herrschenden Lehre und Praxis – welche sich u. E. nur noch auf historische Grundlagen, kaum mehr auf solche rechtlicher Art stützen können⁹ – hindert der eisenbahnrechtliche Mangel der Nichtgenehmigung den Vollzug der aktienrechtlichen Gründung. Die nicht genehmigten Statuten sollen für den Handelsregisterführer auch aktienrechtlich unwirksam sein, und er hat die Eintragung der Eisenbahn-AG zu verweigern¹⁰. Das öffentliche Recht¹¹ durchwirkt hier das privatrechtliche Gesellschaftsrecht besonders kraß und in einer Weise, die der heutigen Auffassung über die Stellung des Aktienrechts in der Rechtsordnung widerspricht^{12, 13}.

IV. Die Genehmigung im Gründungsverlauf

Aus dem eben Gesagten geht zwangsläufig hervor, daß um die Statutengenehmigung noch *vor* der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung ins Handelsregister eingekommen werden muß. Die Genehmigung macht die Eisenbahn-AG nach geltendem Recht erst zur Eintragung frei.

Damit haben wir uns aber noch nicht über die zeitliche Stellung des Genehmigungsantrages im internen Gründungsverlauf der AG ausge-

⁹ Vergl. *Heß*, S. 12/13, der diese Wirkung der Genehmigung vor allem historisch begründet und die grundsätzliche Änderung, die das zum Normativsystem übergegangene Aktienrecht von 1881 auch für die Eisenbahn-AG brachte, zu verkennen scheint. Auch der Bundesrat selbst hat seine Praxis nicht auf eine rechtliche Stellungnahme gestützt, wie BBl 1889 II S. 745 zeigt. U. E. kann die Statutengenehmigungspflicht des Art. 7 ebensogut nur Voraussetzung der Konzessionserteilung oder der Geschäftsaufnahme sein, was dem Grundsatz, daß das Aktienrecht nach wie vor dort Recht schafft, wo die Spezialnorm des öffentlichen Rechts nicht ausdrücklich eingreift, eher entsprechen dürfte. Und schließlich – will man dem Eisenbahnrecht diese außerordentliche Derogationswirkung zugestehen – wie läßt sich dann der allgemein vertretene Grundsatz (*Bangerter*, S. 117; *Heß*, S. 45; *Burckhardt*, Bundesr. Bd. 5, S. 949 Nr. 3194), daß die Eintragung der nicht genehmigten Statuten auf Grund von OR 643 Abs. 2, d. h. aus Aktienrecht heilend wirke, noch aufrechterhalten?

¹⁰ v. *Steiger*, Prüfung, S. 46.

¹¹ Hier nicht in Form des Gesetzes im formellen Sinne, sondern als verwaltungsrechtliche Praxis.

¹² Vergl. vorne, Einleitung, S. 19.

¹³ *Schürmann*, in ZSR 72, S. 116 a glaubt sogar annehmen zu müssen, daß alle Eisenbahn-AG der Spezialgesetzgebung angehören und das OR nur *subsidiär*, kraft bundesrechtlichen Vorbehaltes Geltung erlange!

sprochen; soll um die Statutengenehmigung vor oder nach der konstituierenden Generalversammlung nachgesucht werden?

Es muß damit gerechnet werden, daß die Statuten nicht schon gleich anläßlich der ersten Unterbreitung in Ordnung befunden werden und die Genehmigungsbehörde diese zurückweist mit dem Auftrag, ihren Inhalt abzuändern oder zu ergänzen. Mit dem Moment der Beschlußfassung über die Statuten in der konstituierenden Generalversammlung sind diese für die Gesellschaft verbindlich geworden¹⁴ und können darum nur durch einen von der Generalversammlung gefaßten Abänderungsbeschluß den neuen Verhältnissen angepaßt werden. Das heißt, daß – werden die Statuten erst nach der konstituierenden Generalversammlung den Behörden eingereicht – die Gründer das Risiko laufen, für jede verlangte Statutenänderung in umständlichem Verfahren die Generalversammlung neu einberufen zu müssen, um diese darüber Beschluß fassen zu lassen. Es wird sich demnach empfehlen, sich bereits anhand des Statutenentwurfes, *vor* Abhaltung der ersten Generalversammlung um die Genehmigung zu bemühen¹⁵.

§ 9 Die Erteilung von Konzession und Bewilligung

1. Konzessions- und Bewilligungserteilung als Gründungsvoraussetzung

Konzession und Bewilligung sollen den privatrechtlichen Rechtssubjekten ermöglichen, eine Domäne des Wirtschaftslebens in ihre Tätigkeitssphäre einzubeziehen, die ihnen kraft öffentlichen Rechts – sei es aus Polizeigewalt oder sei es aus Hoheitsrecht des Staatswesens – an sich entzogen ist. Eine AG, die ohne im Besitz einer in Konzession oder Bewilligung liegenden Ermächtigung zu sein, jene Domäne zum Gegenstand ihrer Erwerbstätigkeit macht, wird mit dem staatlichen Gewalthaber in Konflikt geraten; der Gesellschaftszweck ist demnach von Anfang an mit dem Mangel der *Unerreichbarkeit* behaftet. Ohne Konzession oder Bewilligung verläuft die Gründung des betreffenden Unternehmens damit auch nach Aktienrecht im Leeren; darin liegt die allgemeinste Bedeutung dieser beiden Staatsakte als Gründungsvoraussetzung.

¹⁴ Denn u. E. schaffen die Statuten der Eisenbahn-AG nach Aktienrecht innerhalb der Gesellschaft Recht; vergl. vorne S. 121.

¹⁵ In gleichem Sinne auch *Heß*, Genehmigung, S. 36.

Konzession und Bewilligung sind nicht speziell auf die AG zugeschnitten, sondern können jede Art von Unternehmung – ob Einzelperson oder Gesellschaft dahintersteht – in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Machthaber bringen¹. Darin unterscheiden sich diese beiden Verwaltungsakte ja von der «historischen» Konzession des Aktienrechts². Konzession und Bewilligung haben also nicht das Rechtssubjekt an sich, sondern die von diesem auszuübende *Tätigkeit* zum Gegenstand.

Konzession wie Bewilligung könnten demnach ganz unabhängig vom aktienrechtlichen Gründungsverlauf erteilt werden. Aus Aktienrecht hindert an sich nichts, daß die Gründung auch ohne Vorliegen von Konzession oder Bewilligung mit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister zu Ende geführt wird.

Dies kann zu recht unerfreulichen Situationen führen: Es darf nach geltendem Recht eine AG im Handelsregister eingetragen sein und damit als Rechtssubjekt ins Leben treten, welche als Wirtschaftssubjekt gar nicht bestehen *kann*. Man geht kaum zu weit mit der Behauptung, daß solche Zustände Treu und Glauben widersprechen und eine Gefährdung der Öffentlichkeit darstellen³.

Denn der Zweck des Handelsregistereintrages besteht nicht allein darin, den formellen Gründungsakt der AG zu beenden und zu konstatieren, daß die eingetragene Gesellschaft Rechtspersönlichkeit erlangt habe. Der Eintrag dokumentiert öffentlichen Glauben im weiteren Sinne. Das Handelsregister will ja auch «im weitesten Umfang dem privatrechtlichen Verkehr der Geschäftswelt, des Publikums, dienen»⁴. Nach der Meinung der Allgemeinheit beweist der Eintrag einer Firma also auch deren Existenz im *Wirtschaftsleben*.

In Berücksichtigung dieser Tatsachen muß denn postuliert werden, daß Bewilligung oder Konzession *vor* Eintragung des Unternehmens ins Handelsregister erteilt sein müssen. Nach heutigem Recht kann diesem Bedürfnis allerdings noch nicht entsprochen werden; es steht dem Handelsregisterführer keine diesbezügliche Kognitionsbefugnis zu, er darf die Eintragung der Gesellschaft nicht verweigern, weil sie sich nicht

¹ Immerhin mit Vorbehalt der für einzelne Gewerbe kraft öffentlichem Recht geltenden Ausnahmen, z. B. im Kreditkassen- und Versicherungswesen. Vergl. vorne S. 28 f.

² Vergl. vorne S. 37.

³ Aus dem Handelsregistereintrag kann ja nicht ersehen werden, ob die betreffende Unternehmung im Besitze von Konzession oder Bewilligung ist oder nicht.

⁴ BGE 57 I 315.

über die erteilte Konzession oder Bewilligung ausweist⁵, ⁶. Gleichsam als *Dokumentation* der Notwendigkeit, daß zum Schutze der Geschäftswelt nur mehr Aktienunternehmen eingetragen werden, welche ihre Funktion im Wirtschaftsleben aufnehmen können, stellen wir die Erteilung von Konzession und Bewilligung als besondere *Voraussetzung der Eintragung* dar und reihen die betreffenden Betrachtungen dementsprechend in das System des zeitlichen Ablaufes der «AG m. bes. Char.»-Gründung ein⁷.

Kraft gesetzlicher Vorschrift ist immerhin die Bewilligung für Bankgesellschaften eine Gründungsvoraussetzung, welche *vor* der Eintragung erfüllt sein muß. Nach Art. 3 Abs. 3 BkG darf die Bank vor Erteilung der Bewilligung «weder ihre Tätigkeit aufnehmen, *noch ins Handelsregister eingetragen werden*».

Alle diese Erläuterungen über die zeitliche Stellung von Konzession und Bewilligung im Ablauf der Gründung einer besonders gearteten AG sind nicht anwendbar auf Unternehmen des Luftverkehrs und der Hochseeschifffahrt. Aus besonderen Gründen, welche wir bereits an anderer Stelle zu erschließen trachteten⁸, kann bei diesen Gesellschaften die Erteilung der Konzession und Bewilligung nicht Voraussetzung der Eintragung sein; die betreffenden Gesellschaften haben sich vielmehr

⁵ Vergl. darüber hinten, S. 137 ff.

⁶ Mit der unten erwähnten Ausnahme bei der Eintragung von Bank-AG. Nach einem in BBl 1935 I S. 699 veröffentlichten Kreisschreiben des Justiz- und Polizeidepartementes soll die Eintragung einer Kreditkassen-AG sistiert werden, wenn sich anhand der Statutenprüfung ergibt, daß mit der Erteilung einer Bewilligung nicht gerechnet werden kann. Darnach hätte der Handelsregisterführer also die Statuten auch in Hinsicht auf deren öffentlich-rechtliche Gesetzmäßigkeit zu überprüfen und müßte die Eintragung der Kreditkassen-AG verweigern, wenn sie nach seiner Ansicht nicht in den Besitz der Bewilligung gelangen kann; – eine Kognitionspflicht, welche u. E. nach positivem Recht keine gesetzliche Grundlage hat!

⁷ Aus bereits dargestellten Gründen – vergl. vorne S. 57 ff. – ist die Konzessionserteilung, ausgenommen bei Luftverkehrsunternehmen, faktisch Voraussetzung der Eintragung. Denn Gegenstand dieser soll ja diejenige AG sein, deren Organisation, Kapitaldotations usw. nicht nur dem Gesetz, sondern auch den in der Konzession selbst enthaltenen Bestimmungen entspricht. Wollte man die Eintragung der Gesellschaft vor der Konzessionserteilung vornehmen, so müßten in umständlichen Verfahren nachträgliche –, vom Konzedent verlangte Statutenabänderungen beschlossen und zur Eintragung gebracht werden, um die Gesellschaftssatzung dem Verleihungsverhältnis anzupassen.

⁸ Vergl. vorne S. 58.

bereits bei Stellung des Konzessions- oder Bewilligungsbegehrens über die vollzogene Eintragung im Handelsregister auszuweisen⁹. Um aber das System unserer Abhandlung nicht zu stark verzweigen zu lassen, sehen wir uns gezwungen, die materiellen Probleme der Erteilung der Luftverkehrskonzession und der Bewilligung zur Führung der Schweizerflagge auf Seeschiffen ebenfalls bereits in diesem Paragraphen zu berücksichtigen.

II. Die Erteilung der Konzession

A. Verleiher und Beliehener

Mit der Konzessionserteilung tritt die «AG m. bes. Char.» in ein Konzessionsverhältnis zum Verleiher. Aus der ursprünglich frei konstituierten Aktienunternehmung wird eine zum Staatswesen in besonderer Abhängigkeit stehende – und in gewissem Rahmen von ihm überwachte Gesellschaft, weil sie als Konzessionär eine sonst dem Gemeinwesen vorbehaltene Tätigkeit ausübt. Will sie sich und ihren Aktionären die Erwerbsmöglichkeiten erhalten, so hat sie sich den in Gesetz und Verleihung enthaltenen öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zu unterwerfen.

Wir haben seinerzeit festgestellt, daß die Konzession mit Vorteil schon im Vorgründungsstadium beschafft wird, damit die aktienrechtliche Konstitution der Gesellschaft dem Inhalt der Verleihung angepaßt werden kann und die Gründung somit möglichst ökonomisch zu Ende geführt wird. Die Verhältnisse zwischen Verleiher und Beliehenen werden in diesem Fall aber insofern unübersichtlich, als letzterer ein *in Gründung stehendes* Unternehmen ist, dessen Rechtsform mit Fortschreiten der Gründung nicht dieselbe bleibt. Wie steht die werdende Gesellschaft als Beliehener während der Gründung dem Verleiher gegenüber?

Beliehener wird – falls die Konzession zuhanden einer erst noch zu gründenden AG erteilt wird – nur die gegründete Gesellschaft, die den von Gesetz und Konzession an sie gestellten Anforderungen zu genügen vermag. Bevor die Gesellschaft in ihrer Endform besteht, können

⁹ Seeschiffahrtsgesetz Art. 19: «Im schweizerischen Handelsregister eingetragene Einzelfirmen, Handelsgesellschaften und Genossenschaften, deren Sitz, Hauptniederlassung und tatsächlicher Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit sich in der Schweiz befindet und welche die Bedingungen der Artikel 20 bis 24 erfüllen, können ihre Seeschiffe im Register der schweizerischen Seeschiffe eintragen lassen.» Luftfahrt VVO Art. 142: Dem Konzessionsgesuch ist der «Ausweis über die Eintragung im Handelsregister» beizulegen.

weder Gründer noch die verleihende Behörde irgendwelche Rechte aus der Verleihung ableiten. Denn diese wird unter Suspensivwirkung erteilt; sie bringt Konzudent und Konzessionär erst in Rechtsbeziehungen, wenn die Eintragung der beliehenen AG im Handelsregister erfolgt ist¹⁰.

Anders sind die Verhältnisse, wenn die Konzession – was bei Bergwerksgesellschaften vorkommen kann – durch einen Gründer in die zu bildende AG eingebracht wird¹¹. Hier wird das in der Konzession genannte Rechtssubjekt Beliehener bleiben, bis die Behörde der Übertragung der Konzession zugestimmt hat und diese rechtsgültig erfolgt ist. Weil die Gründer bereits vor Konstituierung der Gesellschaft Gewißheit darüber haben müssen, ob mit der Eintragung des Unternehmens die Konzession wirklich verfügbar sei, wird die Zustimmung der Behörde ebenfalls mit Vorteil zuhanden der zu gründenden AG verlangt werden. Bis zur Eintragung der AG verbleibt der ursprünglich Beliehene im Konzessionsverhältnis zum Staatswesen; erst mit nach außen vollzogener Gründung tritt die Gesellschaft an seine Stelle.

Zum *Verleiher* steht die AG vom Moment ihrer Eintragung an in einem besonderen Gewaltverhältnis. Wir haben im Folgenden noch abzuklären, *wer* der Unternehmung im einzelnen Fall als Konzudent gegenüber steht und wer sie zur Erfüllung der durch die Konzession statuierten Pflichten anhalten kann.

Verleiher ist immer derjenige, der kraft gesetzlicher Vorschrift über die bestimmte Tätigkeit verfügen kann¹², d. h. bei Eisenbahn- und Luftverkehrskonzessionen der Bund, bei Bergwerks- und Elektrizitätswerkkonzessionen der Kanton oder in einzelnen Fällen auch die Gemeinde¹³. Verleihungsbehörde ist dabei gewöhnlich die Exekutive oder deren Ämter¹⁴.

¹⁰ *Bangerter*, S. 57 scheint anzunehmen, daß bei Eisenbahn-AG die Konzession bereits mit erfolgter Statutengenehmigung rechtswirksam wird; dem steht unsere Ansicht entgegen.

¹¹ Früher wurden oft auch Bahn- und Elektrizitätswerkkonzessionen von Einzelpersonen erworben und ev. in Gesellschaften eingebracht, vergl. vorne S. 62 Anm. 48. Heute ist nicht selten, daß mitgründende Gesellschaften eine Konzession in die neu zu errichtende Unternehmung einbringen.

¹² *Sillig*, S. 30.

¹³ So die Gemeinden in den Kantonen Wallis (mit Ausnahme der Nutzbarmachung von Rhone und Genfersee) und Graubünden, – die Bezirksgemeinden im Kanton Schwyz. Vergl. *Geiser-Ambühl*, Anhang.

¹⁴ In den Kantonen ist für die Erteilung der Wasserrechtskonzessionen meist

Besondere Beachtung verdienen die Verhältnisse im Wasserrechtswesen, welche bei Konzessionsverleihungen an Elektrizitätswerkunternehmen eine Rolle spielen. Bereits Art. 24^{bis}, Abs. 4 unserer BV hat nach verschiedenen Verleihungskompetenzen unterschieden; die betreffende Regelung hat in Art. 6 des WRG Aufnahme gefunden. Darnach steht dem Bundesrat das Verleihungsrecht zu für Gewässer, die die Landesgrenze bilden. Sind Wasserläufe nutzbar zu machen, welche im Hoheitsgebiet mehrerer Kantone liegen, oder sollen verschiedene Gewässerstrecken, die nicht im selben Kanton liegen, in einem gemeinsamen Werk verwertet werden, so steht dem Bundesrat die Verleihung zu, solange sich die beteiligten Kantone über die Konzession nicht zu einigen vermögen. Der Bund tritt in all diesen Fällen in Vertretung der Kantone auf. Er hat wohl das Recht zur Erteilung der Konzession; in dem dadurch entstehenden Rechtsverhältnis steht aber nicht *er* der betreffenden Gesellschaft als Gegenpart gegenüber, sondern die vertretenen Kantone treten mit vollzogener Verleihung in das Konzessionsverhältnis ein^{15, 16}. Wo nach kantonalem Recht die Gemeinden über die Gewässer Verfügungsberechtigt sind¹⁷, treten diese als Konzedent in das Verleihungsverhältnis ein.

B. Inhalt der Konzession

Die Inhaltsbestimmungen und Auflagen der Verleihung sind die Folge davon, daß die konzessionierte Tätigkeit nur auf Grund eines staatlichen Hoheitsaktes ausgeübt werden darf. Das Staatswesen hat es in der Hand, die Art der Ausübung der an und für sich ihm vorbehaltenen Tätigkeit im Einzelnen vorzuschreiben. Immerhin hat es sich – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – im Großen an die in der Spezialgesetzgebung vorgezeichneten Richtlinien zu halten und wird insbesondere keine Auflagen an die Gesellschaft machen können, die aktienrechtlich nicht zulässig sind¹⁸.

der Regierungsrat in alleiniger Instanz zuständig, was im «Fall Rheinau» zu berechtigter Kritik geführt hat. Vergl. dazu NZZ 4. Sept. 1952, Nr. 1897.

¹⁵ Wettstein, S. 7; Sillig, S. 33.

¹⁶ Es ist vorgesehen, daß sich die Kantone für die Erteilung von Erdölkonzessionen in 3–4 Konzessionsgebiete zusammenschließen, vergl. NZZ, 5. Nov. 52 Nr. 2450. Nach Konzessionserteilung wird auch in diesem Falle die Bergbau-AG den einzelnen Kantonen gegenüberstehen und nicht dem Konzessionsbezirk.

¹⁷ Vergl. vorne Anm. 13. Die betreffenden Delegationen stützen sich auf WRG Art. 2 Abs. 1.

¹⁸ Vergl. Einleitung, vorne S. 19 f.

a) Obligatorischer Inhalt

Die einzelnen Konzessionen werden im allgemeinen individuell ausgestaltet sein. Alle weisen jedoch denselben, *unerläßlichen* Inhalt auf, ohne welchen eine Verleihung gar nicht zustande kommen kann; die sogenannten Essentialia. Zu diesen sind zu zählen:

Die *Person* des Beliehenen, d. h. die berechnete AG und deren Gesellschaftssitz,

das verliehene *Recht*. Es wird dessen Umfang beschrieben werden müssen, etwa die Nutzung eines bestimmten Gewässers¹⁹, der Bau einer bestimmten Bahnlinie²⁰, der Betrieb von bestimmten Luftlinien, der Abbau eines bestimmt umgrenzten Grubenfeldes. Diese Angaben werden im allgemeinen die Zweck-Gegenstandsklausel der Gesellschaftsstatuten ausmachen.

Als weitere Essentialia wird auch die *Dauer* der Verleihung in der Konzession angegeben werden müssen. Für Bahnen wird sie nach dem, vom Bundesrat entworfenen Konzessionsschema gewöhnlich 99 Jahre betragen²¹; Schmalspur- und Trambahnkonzessionen werden auf kürzere Dauer erteilt. Das WRG begrenzt die Höchstdauer von Wasserrechtskonzessionen in Art. 59 auf höchstens 80 Jahre von der Eröffnung des Betriebes an; die kantonalen Vorschriften sehen in der Regel kürzere Zeitspannen vor²². Im Zusammenhang mit eventuellen Bestimmungen über Heimfall oder Rückkauf werden Klauseln über die Verleihungsdauer bei Bemessung des Verhältnisses von Fremd- zu Eigenkapital, – nicht zuletzt auch bei der Statuierung sogenannter Amortisationsreserven von den Gründern der betreffenden AG berücksichtigt werden müssen.

Die Angabe der *Gegenleistungen* der AG wird ebenfalls zum unerläßlichen Konzessionsinhalt gehören. Nach WRG Art. 54 Al. d müssen in dieser Rubrik figurieren: «Wasserzins, Abgabe von Wasser und Kraft und andere Leistungen, die sich nicht aus allgemein verbindlichen Vorschriften ergeben.» Bei Transportunternehmen kommt der genauen Umschreibung der *Betriebspflicht* besondere Bedeutung zu, weil sie

¹⁹ WRG Art. 54 Al. b: Angabe der nutzbaren Wassermenge in Sekundenkubikmetern.

²⁰ Nebenbahngesetz Art. 1 Abs. 4: Es muß angegeben werden, ob es sich um eine Haupt- oder um eine Nebenbahn handelt.

²¹ Sillig, S. 46; BBl 1873 II S. 1184 ff.; Eisenbahn-Aktens. I S. 38 ff.

²² Z. B. Bernisches WRG, Art. 11: 50 Jahre mit Erneuerungsmöglichkeit für je weitere 25 Jahre; Zuger Einführungsges.

wesentliche Einwirkungen auf die Geschäftstätigkeit der gegründeten AG hat.

Die Spezialgesetzgebung zählt abschließend auf, was weiter zum obligatorischen Inhalt der Konzession zu gehören hat. Nach Art. 54 des WRG sind in die Konzession aufzunehmen: Bestimmungen über Fristen für den Beginn der Bauarbeiten und die Eröffnung des Betriebes. Ebenso sind im Konzessionsschema für Bahnunternehmungen ähnliche Angaben zwingend verlangt: Bahnkonzessionen haben Fristen sowohl für die Einreichung von technischen und finanziellen Vorlagen, als auch solche für den Baubeginn und die Bauvollendung festzusetzen; dies verbunden mit der Androhung, daß im Falle der Versäumnis die Konzession hinfällig werde.

Bestimmungen über Heimfall oder Rückerwerb gehören zum gesetzlich notwendigen Inhalt der Wasserrechts- und Luftverkehrskonzessionen²³. Am weitesten geht in der Katalogisierung von obligatorischen Konzessionsbestimmungen die Luftfahrtgesetzgebung: Die VO zum Luftfahrtgesetz nennt in Art. 145 folgenden weiteren, notwendig aufzunehmenden Konzessionsinhalt:

Den Vorbehalt, daß das eidgenössische Post- und Eisenbahndepartement über jede Statutenänderung unterrichtet werde,

den Vorbehalt, daß das interne Betriebsreglement der Unternehmung der Genehmigung durch das eidgenössische Luftamt bedarf,

Bestimmungen über Reserven, Personalfürsorge.

Das Konzessionsschema für Bahnunternehmen enthält einleitend die Verpflichtung des Unternehmens, sich der Eisenbahngesetzgebung zu unterstellen. Eisenbahnkonzessionen enthalten zudem durchwegs Angaben über Spurweite, Anzahl der Geleise, Anzahl der täglich zu führenden Züge, Wagenklassen, Taxen usw.²⁴.

b) Fakultativer Inhalt

Es handelt sich dabei um akzessorische Rechte und Pflichten, die an sich nicht das Konzessionsverhältnis selbst betreffen. Sie sind aber ohne Nutzungsrecht nicht übertragbar; sie erlöschen mit der Konzession. So werden z. B. vielfach Abmachungen unter den Gründern über Aufteilung der erzeugten Elektrizität unter den Aktionären und dem Verleiher usw. in die Konzessionsurkunde aufgenommen. Art. 55 des WRG nennt

²³ WRG Art. 54 Al. f.; Luftfahrt-VO Art. 145 Al. j.

²⁴ Vergl. im übrigen *Staeblin*, S. 218 ff.

weiteren Konzessionsinhalt fakultativer Art, wie Beteiligung des Verleihers an Verwaltung und Gewinn, Beteiligung am Unterhalt, Tarife für erzeugte Elektrizität usw. Der Verleiher wird im allgemeinen die Mehrzahl privatrechtlicher Abmachungen mit den Gründern in die Konzessionsurkunde aufnehmen wollen, weil ihm deren Befolgung durch die Gesellschaft dadurch vermehrt garantiert ist; die AG steht stets unter der Drohung, daß bei Nichtbefolgung von Konzessionsvorschriften der Konzedent die Verleihung zurückziehen kann²⁵.

C. Wirkung der Konzessionserteilung

Mit Inkrafttreten der unter Suspensivwirkung erteilten Konzession, d. h. mit Eintragung der entstandenen Gesellschaft im Handelsregister, sind die Bestimmungen der Konzession für AG und Verleiher verbindlich. Die Konzession äußert aber Wirkung nur zwischen Gesellschaft und Staatswesen, nicht gegenüber Dritten. Aus der Konzession steht nur den Organen des verfassungsberechtigten Gemeinwesens ein Rechtsanspruch gegenüber der konzessionierten Aktienunternehmung zu. Für den Konzessionär entsteht andererseits gegenüber dem Verleiher ein wohlverworbenes Recht auf *Benutzung* in dem in der Konzessionsurkunde umschriebenen Rahmen, nie aber ein *Verfügungsrecht*²⁶. Aus diesem Grund kann die Konzession für die AG keinen bilanzfähigen Kapitalwert darstellen; damit rechtfertigt sich schließlich auch das Heimfallsrecht²⁷. Erfüllt die AG die in der Konzession vorgeschriebenen Bedingungen, so darf sie sich auf das mit der Verleihung wohlverworbene Recht berufen; ein Rückzug der Konzession kann dann nur im Interesse des öffentlichen Wohls und gegen Entschädigung erfolgen²⁸.

Mit dem Inkrafttreten der Konzession können dem Unternehmen zugleich *Machtmittel* zur Verfügung stehen, die es in Vertretung des Staates anwenden darf. Verwiesen sei auf Anstaltspolizei²⁹ und Expropriationsrecht. Die an sich rein privatrechtliche AG wird in gewissem Maße zu einer Anstalt des öffentlichen Rechts und übt Verwaltungs-

²⁵ Vergl. VO zum Luftfahrtges. Art. 153; WRG Art. 65 Al. c; EBG Art. 28.

²⁶ *Sillig*, S. 30.

²⁷ Dem Heimfall unterliegen bei Wasserwerken nur die hydraulischen Anlagen, bei Bahnen nur der Unterbau. Denn *wie* die Sache, die verliehen wurde, benutzt wird, beruht auf der Gewerbefreiheit. Vergl. *Wettstein*, S. 36.

²⁸ *Fleiner*, *Institute*, S. 324; *Wettstein*, S. 7, vergl. vorne S. 56.

²⁹ Insbesondere Bahnpolizei.

tätigkeit aus³⁰. Dennoch bleibt sie in ihren Beziehungen zu Dritten – mit Ausnahme in Angelegenheiten des Transportrechtes – weiterhin dem Privatrecht unterstellt.

III. Die Erteilung der Bewilligung

A. Bewilligungsbehörde und bewilligtes Unternehmen

Inhaber der Gewerbepolizeigewalt über alle von uns in Betracht gezogenen bewilligungspflichtigen Unternehmen ist der Bund, – dies auf Grund seiner in der BV verankerten Ermächtigung zu entsprechendem Legiferieren. Nur bei Versicherungsunternehmen und Pfandbriefanstalten hat er die Prüfung über Gesetzmäßigkeit und Erteilung der Bewilligung seinem Exekutivorgan, dem Bundesrat, vorbehalten; als beratendes Organ steht diesem das eidgenössische Versicherungsamt zur Seite. Mit Prüfung und Bewilligungserteilung haben sich nach einzelnen Spezialgesetzen besondere Amtsstellen oder Fachorgane zu befassen: Die Bankenkommision nach Art. 3 Ziff. 3 des Bankengesetzes; das Finanz- und Zolldepartement nach Art. 4 der Kreditkassen-VO; und schließlich das eidgenössische Seeschiffahrtsamt nach Art. 8 Abs. 2 und 3 des neuen Seeschiffahrtsgesetzes.

Die Bewilligung wird nur einem *bestimmten* Unternehmen erteilt, welches den gesetzlichen Anforderungen entspricht und sich vorgängig der Erteilung einer diesbezüglichen Untersuchung unterziehen ließ. Damit eine AG die Bewilligung erhalten kann, muß sie mindestens konstituiert sein. Rechte kann die Gesellschaft aus der Bewilligung erst ableiten, wenn die Gründung auch nach außen vollzogen ist; wie die Konzession, so erwächst auch die Bewilligung erst mit der Eintragung der AG ins Handelsregister in Rechtskraft. Werden zwischen Bewilligungserteilung und Eintragung irgendwelche Änderungen vorgenommen, so wird die Gesellschaft die Bewilligungsorgane jedesmal wieder erneut begrüßen müssen.

B. Voraussetzungen der Erteilung

Aus dem Wesen der Polizeierlaubnis³¹ geht hervor, daß diese erteilt werden *muß*, wenn die gegründete AG den gesetzlichen Anforderungen

³⁰ Vergl. dazu SJZ 31, S. 27. Mit der Konzessionserteilung ist die Übertragung der Ausübung öffentlicher Verwaltungstätigkeit verbunden, deren Hauptmerkmal im Kontrahierungszwang besteht.

³¹ Vergl. vorne S. 51 f.

entspricht; die Gesellschaft hat einen *Rechtsanspruch* auf die Polizeibewilligung³².

Ein Gesetz, welches ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt einführt, hat nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen auch vorzuschreiben, nach *welchen* Gesichtspunkten das Gesuch um die Bewilligung zu prüfen ist³³. Vorschriften, welche im Einzelnen aufzählen, welche Unterlagen einzureichen sind und auf was sich die Prüfung zu erstrecken hat, finden sich nur in Art. 3 Ziff. 3 des Bankgesetzes und in Art. 2 Ziff. 2 des Pfandbriefgesetzes. Die übrigen, für uns in Betracht fallenden Spezialerlasse enthalten allgemeinere Wendungen in der Art, daß die Behörden die Erlaubnis erteilen, wenn das Unternehmen den im Gesetz verlangten Anforderungen genüge. Dies wird nicht nur anhand der Statuten oder Reglemente abgeklärt, sondern die diesen Erlassen unterstellten Unternehmen haben weitere, zur Abklärung des Geschäftsbetriebes dienende Unterlagen einzureichen³⁴. Dazu kann noch eine mündliche Auskunftspflicht der Gesellschaftsorgane gegenüber der Bewilligungsbehörde treten³⁵.

Immerhin ist die Bewilligungsbehörde in ihren Forderungen insoweit beschränkt, als nach einem allgemeinen Grundsatz des Verwaltungsrechtes nur Bedingungen gestellt werden dürfen, die im Sinne der vom Gesetz verlangten Anforderungen liegen³⁶; die Unternehmung wird sich keine gesetzesfremden Auflagen gefallen lassen müssen.

Der eigentlichen Bewilligungserteilung geht sowohl bei Pfandbriefzentralen als auch bei Kreditkassen ein *Statutengenehmigungsverfahren* voraus, wobei der Inhalt der Gesellschaftssatzung darauf geprüft wird, ob er den Bestimmungen der betreffenden Gesetze entspreche³⁷.

Welche Anforderungen im Einzelnen an die zu bewilligende Aktienunternehmung gestellt werden, braucht hier nicht wiederholt zu wer-

³² *Fleiner*, Institut. S. 381.

³³ *Fleiner*, Institut. S. 380.

³⁴ Kreditkassen-VO Art. 4 Al. d: Es sind Unterlagen einzureichen, nach denen sich die persönlichen Verhältnisse der verantwortlichen Kassenorgane abklären lassen. Ebenso sind Geschäftsplan (VO Art. 4, Ziff. 2), Prospekte und Plakate usw. (VO Art. 45, Ziff. 4) zur Genehmigung einzureichen. VAG Art. 3: Der Bundesrat entscheidet auf Grund der vorgelegten Ausweise und allfällig anderer von ihm ermittelter tatsächlicher Verhältnisse.

³⁵ Z. B. aus Kreditkassen-VO Art. 42.

³⁶ *Fleiner*, Institut, S. 381.

³⁷ Vergl. vorne S 119 ff.

den. Die wichtigsten Bestimmungen, die die Gründer einer «AG m. bes. Char.» zu beachten haben, fanden ja im Verlaufe dieser Arbeit schon verschiedentlich Erwähnung.

C. Die Wirkung der Bewilligungserteilung

Die Bewilligung wird einem Unternehmen erteilt, nachdem sich dieses mit Erfolg einer Prüfung durch die entsprechende Bewilligungsbehörde unterzogen hat. Rechtskraft erlangt die Polizeierlaubnis erst mit dem Moment, wo die Gesellschaft als juristische Person ins Leben tritt, d. h. im Handelsregister eingetragen wurde. Genau wie die Konzession öffentlich-rechtliche Wirkungen nur zwischen Verleiher und Beliehenem erzeugt, beschränkt sich auch die Wirkung der Bewilligung auf das Verhältnis zwischen der Bewilligungsbehörde und dem Inhaber der Erlaubnis; einem Dritten steht die AG also gleich gegenüber, wie wenn sie nicht im Besitze einer Bewilligung wäre^{38, 39}.

Solange die Gesellschaft den spezialgesetzlichen Vorschriften entspricht, kann ihr die Bewilligung auch nicht wieder entzogen werden⁴⁰. Theoretisch verfügt sie also über die Polizeierlaubnis auf unbeschränkte Dauer. Sie hat sich aber Gesetzesänderungen zu unterwerfen; der Polizeigewalthaber kann ihr auch nachträgliche Auflagen auferlegen, sofern diese im Sinn des Gesetzes liegen.

Die Erteilung einer Erlaubnis übt keinen Einfluß aus auf den aktienrechtlichen Gründungsvorgang. Die Bewilligungserteilung verleiht der AG noch keine Rechtspersönlichkeit, auch nicht bei Bankgesellschaften, bei denen die Eintragung ja ausdrücklich vom Nachweis der vorhandenen Erlaubnis abhängig gemacht wird (BkG Art. 3); darin liegt der eindeutige Unterschied zur historischen AG-Konzession, mit welcher die Bewilligung fälschlicherweise oft in Zusammenhang gebracht wird⁴¹.

³⁸ *Fleiner*, Institut, S. 383.

³⁹ Mit Ausnahme der Bank-AG, die ohne Bewilligung nicht eingetragen werden kann und folglich auch nicht als Rechtssubjekt besteht.

⁴⁰ Der Entzug der Bewilligung setzt voraus, daß den gesetzlichen Bedingungen nicht mehr entsprochen werde. Vers. Aufs. Ges. Art. 9; Kreditkassen-VO Art. 6; Pfandbriefgesetz Art. 43.

⁴¹ Vergl. vorne 37 f.

4. Abschnitt

Die Eintragung im Handelsregister und ihre Wirkungen

Die Eintragung der AG ins Handelsregister ist von außerordentlicher Bedeutung im zeitlichen Ablauf der Gesellschaftsgründung. Denn erst mit vollzogener Eintragung ist die Gründung der AG nach geltendem Recht abgeschlossen, – erst mit der Eintragung wird die AG zur *juristischen Person*. Anstelle der Gründergesellschaft, die wohl eine AG errichten, sie ohne Mitwirkung der Handelsregisterbehörde aber nicht entstehen lassen kann¹, tritt mit dieser letzten Gründungshandlung ein neues Rechtssubjekt ins Leben.

Wenn schon Munzinger² in seinem Entwurf zu einem schweizerischen Handelsrecht die Eintragungspflicht für Handelsgesellschaften und insbesondere für Aktienunternehmungen vorschlug, so wollte er darin – wie er selbst ausführt – einen Ersatz für die früher von Kaufmannsgilden ausgeübte «korporative Überwachung von Treu und Glauben» bieten. Dies ist denn auch der allgemeinste *Zweck* des Handelsregistereintrages geblieben: Schutz von Treu und Glauben, Schutz der Öffentlichkeit überhaupt. Das Handelsregister will somit im weitesten Umfange der Geschäftswelt, dem Publikum dienen³.

Im Interesse dieses Zweckes liegen die Publizität des Handelsregisters einerseits, – und eine wenigstens formelle Kontrollpflicht des Registerführers⁴, dem als weitere Kontrollinstanz das «eidgenössische Amt für das Handelsregister» übergeordnet ist, andererseits.

Wie tiefgreifend die *Wirkungen* der Eintragung sind, mag aus dem Folgenden ersichtlich sein: Das neue Rechtssubjekt in Form der AG entsteht auch dann, wenn die Voraussetzungen der Eintragung nicht vorhanden waren⁵. Eine Nichtbeachtung der Gründungsformalitäten wird also keine Nichtigkeit der Eintragung heraufbeschwören⁶, die AG entsteht trotzdem als Rechtssubjekt; der Handelsregistereintrag übt also

¹ v. Steiger, Aktienrecht, S. 129.

² Munzinger, Entwurf, S. 31.

³ His, VII/4, S. 22 N 13. Wohl der wichtigste Nebenzweck liegt in der Klarlegung der Haftungsverhältnisse, vergl. Wieland, I S. 220.

⁴ OR 940; HRegVO Art. 21.

⁵ OR 643 Abs. 2.

⁶ Silbernagel, S. 180 und S. 391; BGE 41 II 590; 64 II 281. Nach Siegwart, Art. 643 N 7 erfolgt immerhin Nichtigkeit, wenn die angemeldete AG «jeglichen persönlichen und vermögensrechtlichen Substrates gänzlich entbehrt.»

heilende Wirkung aus⁷. Mangelhafte Statutenbestimmungen oder Einbringungsverträge werden allerdings auch durch die Eintragung der AG nicht gültig, es bedarf dazu einer formellen Änderung der Mängel⁸.

Alle diese Grundsätze finden im allgemeinen auch auf die Eintragung einer «AG m. bes. Char.» Anwendung. Immerhin ergeben sich aus der Parallelität von aktienrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Gründungsverlauf, und aus der doppelten Funktion des Handelsregistereintrages – der einerseits der Gesellschaft juristische Persönlichkeit erwirken soll, anderseits aber Interessen der Öffentlichkeit zu dienen hat und öffentlichen Glauben dokumentieren muß – verschiedenartige Probleme, welche im Folgenden dargestellt werden sollen.

Auch für die besonders geartete AG liegt vorerst die Hauptbedeutung des Handelsregistereintrages in der Beendigung des aktienrechtlichen Gründungsvorganges nach außen und im Erwerb der juristischen Persönlichkeit. Die Anmeldung zur Eintragung hat auch hier von den Gründern auszugehen, sie erfolgt nicht von Amtes wegen und ohne Mitwirkung der Konzessions- oder Bewilligungsbehörden. Die Organe der «AG m. bes. Char.» haben sich selbst um die Eintragung ihrer Unternehmung zu bemühen und die notwendigen Unterlagen dem Handelsregister beizubringen; sowohl diejenigen, welche OR 640 aus Aktienrecht verlangt, als auch die weiteren, welche kraft öffentlichen Rechts der Anmeldung beizuliegen haben⁹.

Die *Anmeldung* ist perfekt, wenn die aktienrechtlich verlangten Ausweise mit dem Anmeldeschreiben beim Handelsregisteramt vorliegen. Nach dem geltenden öffentlichen Recht sind bei zwei Gesellschaftsarten zusätzliche Belege einzureichen: Art. 3 Abs. 3 des BkG wendet sich direkt an den Handelsregisterführer, indem vorgeschrieben wird, daß ohne die Bewilligung der Bankenkommission die Bank-AG «weder ihre Tätigkeit aufnehmen noch ins Handelsregister eingetragen werden» darf. Dem Handelsregisterführer muß folglich der Nachweis der erteilten Bewilligung erbracht werden, bevor er zur Eintragung schreiten kann. Ebenso soll – es wurde bereits darauf hingewiesen¹⁰ – die Eintragung

⁷ Vergl. *Weiß*, *Entscheide*, I Nr. 621 und dort zitierte Lit.

⁸ *Funk*, Art. 643 N 2; vergl. *SJZ* 43, S. 364.

⁹ Dies bei Bank- und Eisenbahngesellschaften; vergl. das Folgende.

¹⁰ Vergl. vorne, S. 122. Eisenbahnstatuten, welche nicht im Sinne von Art. 7 EBG vom Bundesrat genehmigt wurden, sollen nach herrschender Ansicht nicht in Rechtskraft erwachsen können. Es ist denn das Vorliegen der Genehmigung eine Voraussetzung der Eintragung. Der Handelsregisterführer darf aus öffent-

einer Eisenbahn-AG nicht erfolgen können, bevor die bundesrätliche Genehmigung der Gesellschaftstatuten dem Registerführer unterbreitet wurde.

Der Handelsregisterführer darf die «AG m. bes. Char.» ins Register *eintragen*, wenn die Prüfung ergeben hat, daß ihre Organisation, Statuten usw. den Anforderungen des *Aktienrechts* entsprechen und dem Aktienrecht nicht entgegenstehen¹¹. Dem steht auch OR 940 oder Art. 21 Abs. 1 der HRegVO nicht entgegen, welche beide statuieren, daß der Registerführer – bevor er die Eintragung vornimmt – prüfen müsse, ob hierfür die Voraussetzungen *nach Gesetz und Verordnung* erfüllt sind. Denn unter gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung können nur die unmittelbaren verstanden werden¹², ansonst ja die Kognitions Pflicht des Registerführers, und damit auch seine Haftbarkeit praktisch unbeschränkt wäre. Es kann demnach für den Handelsregisterbeamten eine Prüfungspflicht nur in bezug auf die handels- und registerrechtlichen Voraussetzungen geben^{13, 14}.

Dies muß insbesondere auch für die nach OR 940 Abs. 2 vorzunehmende Prüfung der Gesellschaftsstatuten in Hinsicht auf deren Gesetzmäßigkeit gelten; es ist nur zu untersuchen, ob diese nicht zwingenden Vorschriften des Handelsrechtes widersprechen^{15, 16}.

Daraus entsteht u. E. für die «AG m. bes. Char.», welche alle aktienrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, immerhin noch kein *Rechtsanspruch* auf Eintragung, sofern sie nicht zugleich auch alle durch das öffentliche Recht verlangten Anforderungen erfüllt. Wird der Registerführer Mängel öffentlich-rechtlicher Art gewahr, so sind die Organe der

lichem Recht die Eintragung nicht vornehmen, bevor die Genehmigungsurkunde vorliegt.

¹¹ Es sei denn, die dem Aktienrecht entgegenstehenden Statutenbestimmungen beruhen auf Vorschriften der Spezialgesetzgebung. Vergl. Einleitung, vorne S. 17 ff.

¹² *His*, VII/4 S. 190/191.

¹³ D. h. diejenigen des OR und der HRegVO.

¹⁴ U. E. ist die erweiterte Prüfungspflicht, welche das bereits erwähnte «Kreisschreiben über die Kreditkassen» (vergl. vorne S. 107, Anm. 26) für Handelsregisterführer statuierte, unzulässig, solange nicht die Kreditkassen-VO oder die HRegVO entsprechende Vorschriften enthalten.

¹⁵ *His*, VII/4 S. 192.

¹⁶ Außerhalb Aktienrecht ist kraft öffentlichen Rechts nur das Vorliegen der Bewilligung der Bankkommission bei der Eintragung einer Bank-AG, und der bundesrätlichen Statutengenehmigung bei der Eintragung von Eisenbahn-AG vom Registerführer zu prüfen.

betreffenden Unternehmung darauf aufmerksam zu machen. Es liegt im Sinne unseres Postulates – zu vermeiden, daß Unternehmungen im Handelsregister eingetragen sind, welche als Wirtschaftssubjekte nicht bestehen¹⁷ – wenn der Handelsregisterführer eventuell auch berechtigt wäre, die Eintragung einer Gesellschaft, welche gegen Spezialgesetzgebung oder Konzessionsbestimmungen verstößt, zu *verweigern*¹⁸. Vor allem wird er aber auch nach geltendem Recht verlangen dürfen, daß Firma, Zweck und Gegenstand des einzutragenden Unternehmens eine eindeutige Redaktion aufweisen, aus welcher sofort ersehen werden kann, ob es sich um eine der Spezialgesetzgebung unterstellte Gesellschaft handle oder nicht¹⁹.

Die *heilende* Wirkung des Handelsregistereintrages kann sich bei der besonders gearteten AG nur auf aktienrechtliche Mängel erstrecken; das ergibt sich als logische Folge des Nebeneinanderbestehens von handelsrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Gründung. Damit ist aber auch nicht gesagt, daß die Eintragung einer «AG m. bes. Char.», deren Statuten nicht den spezialgesetzlichen Anforderungen entsprechen, etwa nichtig sei. Vielmehr erlangt auch dieses Unternehmen juristische Persönlichkeit. Es bleibt aber trotzdem weiter mit den öffentlich-rechtlichen Gründungsmängeln behaftet und wird sich später nicht auf die heilende Wirkung der Eintragung berufen können, wenn die Behörde der Mängel gewahr wird und sich aus diesem Grunde zum Rückzug der Konzession oder Bewilligung berechtigt sieht oder andere Formen von Verwaltungszwang oder Verwaltungsstrafe Platz greifen läßt. Gläubiger und Aktionäre werden sich nach unserer Auffassung mit dem Vorliegen öffentlich-rechtlicher Gründungsmängel abfinden müssen, weil auch die Auflösungsklage auf Grund von Art. 643 Ziff. 3 und 4 des OR nur bei aktienrechtlichen Gründungsmängeln anwendbar zu sein scheint²⁰.

Der Mangel kann darin liegen, daß die Gesellschaft bei der Eintragung nicht über die zur Geschäftsausübung notwendige Konzession oder Bewilligung verfügen kann. Wir haben bereits gezeigt, daß dadurch die

¹⁷ Vergl. vorne S. 124.

¹⁸ Es bedürfte dazu allerdings einer Revision der das Handelsregister betreffenden Normen.

¹⁹ Dies läßt sich u. E. aus Art. 60/61 der HRegVO ableiten, wonach die Registerbehörde gegebenen Falles die Anpassung eines Firmaeintrages an die «Tatsachen» verlangen muß. Vergl. *Funk*, Art. 620 Anm. 2.

²⁰ *Siegwart*, V 5 a, S. 338 ff. nennt z. B. nur aktienrechtl. Tatbestände, mit Ausnahme, vergl. unten Anm. 21.

Eintragung des Unternehmens nicht gehindert wird, wenigstens nicht nach positivem Recht. Eine Versicherungs-AG z. B. kann ohne weiteres im Handelsregister eingetragen sein, sofern sie die obligationenrechtlichen Voraussetzungen dazu erfüllt. Obwohl wegen Unerfüllbarkeit des Zweckes an sich ein aktienrechtlicher Tatbestand zur Auflösungsklage nach OR 643 Ziff. 3 gegeben wäre²¹, kann diese keine Anwendung finden, weil es sich nicht um einen Mangel handelt, welcher bereits *vor* der Eintragung bestand²². Die Unmöglichkeit des Zweckes tritt erst mit dem Moment der Eintragung, also nach erfolgter Gründung ein. Immerhin sind damit die Voraussetzungen erfüllt, um eine Auflösung aus wichtigen Gründen im Sinne von OR 736 Ziff. 4 verlangen zu können, wobei die Kläger aber mindestens den fünften Teil des Aktienkapitals vertreten müssen²³.

Keine Geltung können diese Überlegungen für Bank- und Eisenbahnaktienunternehmen erlangen. Denn es ergeht direkt aus öffentlichem Recht²⁴ an den Handelsregisterführer die Aufforderung, eine Bank- oder Bahngesellschaft, die sich nicht über Statutengenehmigung und Bewilligung ausweisen kann, *nicht* ins Register aufzunehmen. Tut er es trotzdem, so kann eine Rechtswirkung nicht eintreten, denn der Gesetzgeber wollte den Nichteintritt der Rechtswirksamkeit sicher nicht nur auf das Verhältnis zwischen Behörde und Gesellschaft beschränkt wissen, sondern gegenüber der gesamten Öffentlichkeit. Er kann darum nicht zulassen, daß bei Nichtvorliegen der Statutengenehmigung oder der Bewilligung der Bankenkommission dieser unmittelbare Gründungsmangel durch die Eintragung der AG gegenüber Dritten behoben werde. Darum muß auch eine Eintragung von solchen Unternehmungen, welche ohne das Vorliegen der genannten zusätzlichen Unterlagen zustande gekommen ist, als *nichtig* gelten und wieder aufgehoben werden.

Im Vorgründungsstadium einer «AG m. bes. Char.» müssen aus gründungs-ökonomischen Motiven bereits Rechtsgeschäfte im Hinblick auf die Betriebsaufnahme abgeschlossen werden. Die Haftung für die im Vorgründungsstadium eingegangenen Verpflichtungen richten sich

²¹ Vergl. *Sieewart*, V 5 a, S. 339 Anm. 28.

²² A. M. *Sieewart*, V 5 a, S. 336 Anm. 15. Nichterlangung der Bewilligung soll Grund zur Auflösungsklage geben.

²³ Von Amtes wegen kann – in extensiver Auslegung von Art. 89 der HRegVO – die Eintragung einer besonders gearteten AG gelöscht werden, wenn diese sich nicht innert Frist um Bewilligung oder Konzession bemüht.

²⁴ BkG Art. 3 Abs. 3; betreff. Eisenbahnrecht vergl. vorne S. 122.

dabei nach den Vorschriften des Aktienrechts und nach den Grundsätzen über die Stellvertretung²⁵. Besonderer Erwähnung wert scheint uns die Wirkung einer nichtigen Eintragung von Bahn- oder Bankunternehmen auf die von den Gründern eingegangenen Verpflichtungen zu sein:

Die Nichtigkeit der Eisenbahn- oder Bank-AG-Gründung besteht *ex tunc*. Es ist gar keine AG zustande gekommen. Es läßt sich damit folgern:

1. Für die in eigenem Namen, aber auf Rechnung der Gesellschaft abgeschlossenen Rechtsgeschäfte haften die Handelnden persönlich – auch wenn zwischen ihnen und der AG Abtretung oder Schuldübernahme stattgefunden hat.

2. Ebenso bleibt die Haftung der Handelnden für Rechtsgeschäfte bestehen, welche im Namen der AG eingegangen wurden.

3. Wurden Rechtsgeschäfte im Namen der zu gründenden AG eingegangen, so besteht keine Haftung der Handelnden, weil gar keine rechtsgültige Gründung zustande kam.

Die wichtigsten Grundsätze, welche im Zusammenhang mit der Eintragung einer «AG m. bes. Char.» ins Handelsregister von Interesse sind, möchten wir folgendermaßen *zusammenfassen*:

Mit Vorbehalt der nichtigen Eintragung bei Nichtvorliegen der Statutengenehmigung bei Eisenbahngesellschaften oder der Bewilligung der Bankenkommission bei Bankunternehmen, erwirbt auch die besonders geartete Aktienunternehmung auf jeden Fall juristische Persönlichkeit mit erfolgter Eintragung. Entgegen der wirtschaftsrechtlichen Notwendigkeit²⁶ ist das Vorliegen einer Konzession oder Bewilligung *nicht* erforderlich; es müssen ebensowenig unbedingt alle spezialgesetzlichen Vorschriften durch das einzutragende Unternehmen erfüllt sein.

Nach erfolgter Eintragung ins Handelsregister steht die «AG m. bes. Char.» Dritten wie irgendeine andere Aktienunternehmung gegenüber.

Andererseits bleibt das Verhältnis zwischen Konzessions- oder Bewilligungsinstanz und konzessioniertem oder bewilligtem Aktienunternehmen von der Eintragung an sich unbeeinflußt. Die Behörde hat unabhängig von der Eintragung ein Recht darauf, daß den Bedingungen des öffentlichen Rechts – stammen sie aus Gesetz oder Konzession – nach-

²⁵ Vergl. dazu *Sieglwart*, V 5 a, S. 344 ff.; v. *Steiger*, Aktienrecht, S. 142; *Guhl*, S. 457 u. a.

²⁶ Vergl. vorne S. 124 f.

gekommen wird. Die entsprechenden Maßnahmen kann der Polizei- oder Konzessionsgewalthaber dabei im Befehlsverfahren direkt erzwingen unter Androhung von Verwaltungsstrafe oder Verwaltungszwang im Nichtbefolgungsfalle, oder er kann über den Verwaltungsweg unter Umständen die Registerbehörden begrüßen und diese beauftragen, im konkreten Falle von der betreffenden Gesellschaft die Erfüllung der spezialgesetzlichen Erfordernisse zu verlangen.

5. Abschnitt

Die Voraussetzungen der Geschäftsaufnahme

Die Gefahren, denen der öffentlich-rechtliche Gesetzgeber durch seine Spezialerlasse zu begegnen trachtet, liegen in der *Tätigkeit* der «AG m. bes. Char.» als Wirtschaftssubjekt; – sie liegen schlechthin in der Tätigkeit irgendeiner Unternehmungsform auf dem, der absoluten Gewerbefreiheit entzogenen Wirtschaftszweig, handle es sich hierbei um einfache oder Kollektivgesellschaft, Genossenschaft oder GmbH. Die öffentlich-rechtliche Normierung muß erst einsetzen, wenn eine Tätigkeit in die Öffentlichkeit ausstrahlt. Diesem verwaltungsrechtlichen Grundsatz¹ ist der Gesetzgeber fast durchwegs treu geblieben; der Liberalismus blieb dem Handelsrecht erhalten. Dies dokumentiert sich darin, daß die Bewilligungs- oder Konzessionspflicht ausdrücklich nur zur Geschäftstätigkeit besteht².

Mit Ausnahme der Bank- und Eisenbahngesellschaften, deren Aufnahme ins Handelsregister ohne Vorliegen von Bewilligung oder Statutengenehmigung nicht zulässig ist³, können alle weiteren besonders gearteten Aktienunternehmen nach positivem Recht an sich als Rechtssubjekt bestehen, *ohne* die Erfordernisse der Spezialgesetzgebung erfüllt zu haben. Außer bei Bank- und Eisenbahn-AG sind also die im Verlaufe unserer Betrachtungen aufgezählten Gründungsvoraussetzungen theoretisch nur solche der *Geschäftsaufnahme*.

¹ Herold, S. 7.

² Pfandbriefges. Art. 2 Abs. 1: «Zur Ausübung des Rechtes der Pfandbriefausgabe ist die Ermächtigung des Bundesrates nötig.» Kreditkassen-VO Art. 4 Abs. 1: «Die Kassen bedürfen zur Ausübung des Geschäftsbetriebes einer Bewilligung . . .» VAG Art. 3 Abs. 2: «Ohne die Bewilligung des Bundesrates ist privaten Unternehmungen die Vornahme von Versicherungsgeschäften in der Schweiz gänzlich untersagt.»

³ Vergl. vorne S. 120; 125.

Nur das Stimmrechtsgesetz, dessen Anwendung zur Zeit auf drei bestehende Aktienunternehmungen⁴ beschränkt bleibt und dem sich in Zukunft wohl keine neuentstehenden Bahngesellschaften mehr zu unterwerfen haben, wurde vorsätzlich zur Anwendung auf *Aktienunternehmen* geschaffen. Alle anderen öffentlich-rechtlichen Erlasse üben direkten Einfluß auf das Aktienrecht nur dadurch aus, daß ohne Befolgung der Spezialvorschriften die *Zweckerfüllung* der zu gründenden AG unmöglich gemacht wird; die einzelnen Normen der Spezialgesetze erscheinen – aktienrechtlich gesehen – nur als relative Gründungsvoraussetzungen.

Alle Unternehmen, welche sich auf den der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung unterworfenen Wirtschaftszweigen betätigen möchten, haben sich – wie deren rechtliche Form auch immer sei – an die zwingenden Bestimmungen der Spezialerlasse zu halten. Rückblickend kann festgestellt werden, daß Aktienunternehmungen ganz besonders zahlreichen Spezialnormen zu entsprechen haben. Dies kann nur mit dem *Wesen* der AG erklärt werden: Das Fehlen jedes Persönlichkeitsmomentes, die autonome Organisation, der Mangel an persönlich Verantwortlichen, welche mehr als bloß ihren Kapitalanteil riskieren, macht die AG nicht dazu geeignet, als Wahrer des öffentlichen Interesses aufzutreten. So war es notwendig, durch zahlreiche, die liberale Ordnung des Aktienrechts durchbrechende und einschränkende Bestimmungen die AG so umzuformen, daß sie sich als Rechtssubjekt der Privatwirtschaft in ein straffes Abhängigkeitsverhältnis zum Inhaber der Konzessionshoheit oder Polizeigewalt bringen läßt.

Voraussetzung der Geschäftsaufnahme und bereits auch Voraussetzung der ersten Gründungsbestrebungen ist das Vorliegen eines wirtschaftlichen *Bedürfnisses* von Neugründungen. Eine kurze Betrachtung über die derzeitigen Verhältnisse auf den zum Tätigkeitsfeld der «AG m. bes. Char.» gewordenen Wirtschaftszweigen und Hypothesen über die Aussichten von Neugründungen scheinen uns zum Abschluß unserer Abhandlung angebracht. Denn sie zeigen erst, warum wir es *unterlassen* konnten, im Verlaufe dieser Arbeit eine de lege ferenda-Anpassung gewisser Aktienrechtsnormen an die bei der Gründung von Unternehmen dieser Wirtschaftszweige besonders hervortretenden Interessen der Öffentlichkeit vorzuschlagen: Die Periode der Industrialisierung, die parallel mit der Erschließung der Verkehrswege ging und welche einen

⁴ Vergl. vorne S. 46, Anm. 67.

allgemeinen Aufschwung des Bank- und Versicherungswesens nach sich zog, hat ihren Höhepunkt schon längst überschritten, und die Möglichkeiten auf diesen Wirtschaftszweigen sind heute weitgehend ausgeschöpft. Ein Bedarf an neuen Unternehmen besteht höchstens noch im Rahmen allgemeiner Ausweitung unseres Wirtschaftslebens.

Ganz besonders ist das der Fall im *Eisenbahnwesen*. Alle für Bahnen rentablen Verbindungen sind bereits erstellt⁵. Zudem gilt heute der Grundsatz, daß der Bau von Hauptbahnen Bundessache sei⁶; die Privatunternehmerschaft hat hier also keine Möglichkeit der Betätigung mehr. Mit dem Aufkommen von Auto- und Trolleybus sind Verkehrsmittel entstanden, die dank geringerer Bau- und Betriebskosten sogar bestehende und amortisierte Bahnen ernstlich zu konkurrenzieren vermögen. Auch im Gebirge haben die Bahnen ihre einst dominierende Bedeutung eingebüßt und treten hinter die wirtschaftlicheren Luftseilbahnen, Ski- und Sessellifte zurück. Sollten die zur Zeit getätigten Versuche mit neuartigen, schienenengebundenen Schnellverkehrsmitteln zu Erfolgen führen, so bleibt nicht ausgeschlossen, daß sich einst wieder privatwirtschaftliche Bahnunternehmen dem Fernverkehr zuwenden⁷.

Durch die Beteiligung des Bundes an der nationalen Luftverkehrsgesellschaft «Swissair» ist diesem Unternehmen eine faktische Monopolstellung zugekommen. Für neue, den Linienverkehr betreibende Lufttransportunternehmungen bestehen deshalb keine Erfolgsaussichten mehr. Mit der zunehmenden Betriebssicherheit von Verkehrshelikoptern darf immerhin erwartet werden, daß die Gründung von *Luftverkehrsunternehmen* für Nah- und Zubringerdienst aktuell wird⁸.

Die *Kreditkassen mit Wartezeit* haben die in sie gesetzten Hoffnungen nicht erfüllt, nicht zuletzt auch infolge der stark durchgreifenden

⁵ Daß sich auch im Bereiche der Nebenbahnen die Bedürfnisse an schienenengebundenen Verkehrswegen bald erschöpften, zeigt eine Zusammenstellung der nach 1910 erfolgten Gründungen von Eisenbahnunternehmen. Vergl. *Mathys*, S. 24 ff. Von 1910 bis 1920 wurden gegründet: Normalspur-Bahngesellschaften 3, Straßenbahnges. 2, Schmalspurbahngesellschaften 11, Standseilbahnges. 9; von 1920 bis 1944 wurden gegründet: Normalspurges. 0, Straßenbahnges. 0, Schmalspurbahnges. 3, Standseilbahnges. 4.

⁶ BBl 1904 VI S. 496 ff.

⁷ Pressemeldungen zufolge werden in Deutschland vielversprechende Versuche mit einer Einschienebahn getätigt, welche Reisegeschwindigkeiten von 300 Stundenkilometern erreichen soll.

⁸ In Bern wurde bereits eine schweizerische Helikopter-AG aus der Taufe gehoben.

Kreditkassenverordnung, welche unter dem Eindruck einiger Mißstände geschaffen wurde und in der Folge auch seriösen Unternehmen die Entwicklungsmöglichkeiten nahm. Ein erfolgreiches Weiterbestehen der Bausparkassen hätte vorausgesetzt, daß ihnen jederzeit viel Fremdgeld zur Verfügung gestellt werden kann. Dieses wird aber heute mit Leichtigkeit allein schon durch die Banken absorbiert und eine diesbezügliche Änderung ist auch in Zukunft nicht zu erwarten⁹.

Die Verhältnisse im *Versicherungs- und Bankwesen* sind sich – für die Zukunft gesehen – ähnlich. Wohl zeigt sich bei beiden Unternehmungsgruppen eine stetige Zunahme der Geschäftstätigkeit¹⁰. Diese kommt aber gewöhnlich den bestehenden Unternehmen zugute, die bereits über große Erfahrung, hohe Reserven und nicht zuletzt über einen umfassenden Werbeapparat verfügen. Durch ihre Kreditfähigkeit werden diese altbewährten Gesellschaften neuen Konkurrenten stets überlegen sein.

Zudem tritt das Staatswesen mit eigenen Gründungen vermehrt als Konkurrent der privatwirtschaftlichen Bank- und Versicherungsunternehmen auf: Nachdem bereits zahlreiche Beamtenversicherungskassen bestehen, führt der um sich greifende Etatismus neuerdings auch zur Gründung staatseigener Beamtenparkassen¹¹.

Das *Pfandbriefwesen* wurde bereits durch das Pfandbriefgesetz zugunsten zweier Zentralen monopolisiert. Neugründungen von Pfandbriefzentralen sind von Gesetzes wegen ausgeschlossen.

In Zukunft dürften wohl hauptsächlich in der *Elektrizitätswirtschaft* Neugründungen von «AG m. bes. Char.» erwartet werden. Zurzeit wird noch 67 % der in unserem Lande benötigten Energie aus dem Auslande eingeführt¹². Weitere Elektrifizierung liegt im Landesinteresse, macht sie uns doch im Kriegsfall von Importen unabhängig. Mit der Fertigstellung der heute im Bau befindlichen Elektrizitätswerke sind erst 60 % aller bauwürdigen Wasserkräfte unseres Landes ausgenützt; die Grenze der Ausnutzungsmöglichkeiten dürfte allerdings bei Fort-

⁹ Vergl. dazu *Kohli*, S. 237 ff.

¹⁰ 1940–1950 hat sich der Prämieneingang bei den Privatversicherungsanstalten mehr als verdoppelt. Vergl. SHZ vom 12. Juni 1952, Nr. 24.

¹¹ Nachdem bereits Sparkassen für das SBB- und PTT-Personal bestehen, wurde 1951 eine solche für das Bundespersonal ins Leben gerufen. Vergl. SHZ vom 19. Juni 1952, Nr. 25.

¹² Diese, wie auch die folgenden Zahlenangaben sind einem Aufsatz von *K. Kaestlin*, Beilage zur SHZ vom 31. Juli 1952, Nr. 31 S. 3 ff. entnommen.

schreiten der heutigen Bautätigkeit schon in zwanzig bis dreißig Jahren erreicht sein, worauf der praktische Wert unserer Betrachtungen auch in Hinsicht auf die Gründungsvoraussetzungen der Elektrizitätswerk-AG dahinfällt.

Noch nicht abzusehen sind zurzeit die Aussichten für Neugründungen von *Bergbau- und Schiffahrtsunternehmungen*. Die im Gange befindlichen Erdölbohrungen¹³ führten bisher noch nicht zur Auffindung abbauwürdiger Lager. Ebenso kann heute noch nicht beurteilt werden, bis zu welchem Zeitpunkt der durch die Kriegsereignisse hervorgerufene Nachholbedarf an Schiffsraum noch bestehen wird und ob nachher neue schweizerische Hochseeschiffahrtsunternehmen mit denjenigen der Küstenstaaten in erfolgversprechende Konkurrenz treten können.

¹³ Es finden zur Zeit großangelegte Erdölbohrungen in den Kantonen Luzern und Waadt statt. Vergl. dazu NZZ vom 5. Nov. 1952, Nr. 2450.

Lebenslauf

Am 1. September 1926 wurde ich als Sohn von Rechtsanwalt Dr. Wilhelm Frick und seiner Gattin Antoinette, geb. von Wyttenbach, in meiner Heimatstadt Zürich geboren, wo ich auch die Schulen absolvierte. 1947 bestand ich die Maturität Typus C. Da ich mich inzwischen entschlossen hatte, statt die technischen Wissenschaften zu studieren dem Berufe meines Vaters zu folgen, unterzog ich mich 1951 der Ergänzungsmaturität in Latein.

Während längerer Zeit betätigte ich mich auf dem «International Press Institute» und dem Advokaturbüro meines Vaters. Durch einen Semesteraufenthalt an der «école de droit» in Paris konnte ich mich u. a. vor allem mit dem Seeschiffsrecht vertraut machen. Mein juristisches Studium, welches überdies durch zahlreiche Militärdienste von insgesamt über sechshundert Tagen unterbrochen wurde, beendete ich am 10. Juli 1954 mit dem mündlichen Doktorexamen.

